

The Islamic University of Gaza

Deanship of Research and Graduate Studies

Faculty of Sharia & Law

Master of Public of Law



الجامعة الإسلامية بغزة

عمادة البحث العلمي والدراسات العليا

كلية الشريعة والقانون

ماجستير القانون العام

النظام القانوني للموظف الفعلي في فلسطين بين النظرية
والتطبيق
"دراسة تحليلية مقارنة"

The Legal System of the Real Official in
Palestine between Theory and Practice
"A Comparative and Analytical Study"

إعدادُ البَاحِثِ

مصعب سلامة سلمان الدحود

إشرافُ الدُّكتور

أنور حمدان مرزوق الشاعر

قُدِّمَ هَذَا البَحْثُ اسْتِكْمَالاً لِمَتَطَلِّبَاتِ الحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ المَاجِسْتِيرِ
فِي القانون العام بِكُلِّيَّةِ الشريعة والقانون فِي الجامِعَةِ الإسلاميَّةِ بِغَزَّةِ

ديسمبر/2017م - ربيع الآخر/1439هـ

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

النظام القانوني للموظف الفعلي في فلسطين بين النظرية والتطبيق "دراسة تحليلية مقارنة"

The Legal System of the Real Official in Palestine between Theory and Practice "A Comparative and Analytical Study"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	مصعب سلامه الدحوح	اسم الطالب:
Signature:		التوقيع:
Date:		التاريخ:



نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ مصعب سلامة سلمان الدحدوح لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم القانون العام، وموضوعها:

النظام القانوني للموظف الفعلي في فلسطين بين النظرية والتطبيق "دراسة تحليلية مقارنة"

The Legal System of the Real Official in Palestine between Theory and Practice "A Comparative and Analytical Study"

وبعد المناقشة العلنية التي تمت اليوم الاثنين 06 جمادي الأولى 1439هـ، الموافق 2018/01/22م الساعة الحادية عشرة صباحاً، في قاعة مؤتمرات مبنى القدس، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

د. أنور حمدان الشاعر	مشرفاً ورئيساً	د. أنور حمدان الشاعر
د. هاني عبد الرحمن غانم	مناقشاً داخلياً	د. هاني عبد الرحمن غانم
د. محمد سليمان شبير	مناقشاً خارجياً	د. محمد سليمان شبير

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/قسم القانون العام. واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله تعالى ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. مازن اسماعيل هنية



ملخص الرسالة

تناول الباحث في هذه الدراسة موضوع النظام القانوني للموظف الفعلي في فلسطين بين النظرية والتطبيق؛ للتعرف على هذه النظرية التي تُعدُّ إحدى النظريات في مجال القانون الإداري التي ابتدعها القضاء، لبيان المقصود بالموظف الفعلي قانوناً، وتبيان الفارق بينه وبين مغتصب السلطة، ومنتحل الوظيفة العمومية، وذلك بالوقوف على شروط تطبيق هذه النظرية، ونشأتها في فلسطين، وذلك بالمقارنة مع التشريعات المقارنة.

حيث نجد أن هذه النظرية لها تطبيقات متعددة ومختلفة تبعاً للظروف العادية، أو الاستثنائية، الأمر الذي يترتب عليه جملة من الآثار المختلفة وصولاً إلى المقصود من الرسالة ببيان المركز القانوني للموظف الفعلي وآثار تصرفاته، دراسة تحليلية مقارنة.

وقد قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد وفصلين، حيث تناولت في التمهيد ماهية الموظف وشروط تقلد الوظيفة العامة، وطرق التعيين للوظيفة العامة، ثم تناولت في الفصل الأول نظرية الموظف الفعلي وأساسها القانوني وأنهيت حديثي في الفصل الثاني بذكر التطبيقات النظرية للموظف الفعلي وآثارها، وختمت البحث بجملة من التوصيات والنتائج ثم ذيلت البحث بالمصادر والمراجع.

ABSTRACT

This study addressed the legal system related the actual employee in Palestine between theory and practice. This aimed to introduce this theory, which is one of the administrative law theories invented by judiciary. This was intended to clarify the actual employee's concept in law, and to show the difference between him/her and authority/public posts violators. This has been done through clarifying implementation conditions of this theory, and its origin in Palestine compared to other legislation systems.

In this context, the study found that this theory has many different applications depending on the ordinary or exceptional circumstances. This entails a number of different impacts including the one intended in this comparative and analytical study, which the legal status of the actual employee and the effects of his/her actions.

This study was divided into an introduction, a preface, and two chapters. The preface presented the concept of the actual employee and the conditions of his/her appointment in public posts. In the first chapter, the study discussed the theory of the actual employee and its legal basis. The second chapter was the last one in which the study mentioned some theoretical applications of the actual employee theory and its effects. Finally, the study conclusion summarized the research findings and recommendations, followed by the search bibliography and references.



﴿ وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللّٰهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ

وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

[التوبة: 105]

الإهداء

إلى سيد الأنام محمد ﷺ

إلى أُمي نبع الحنان

إلى أبي رمز العطاء

إلى زوجتي الغالية رمز السعادة والهناء

إلى عمي أبو محمد الغالي وزوجته

إلى إخوتي وأخواتي رمز المحبة والضياء

إلى الرموز الأوفياء

الذين مازالوا على النهج ... وما بدلوا

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وامتنان

﴿أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾ [سورة لقمان: 14] .

من لا يشكر الناس لا يشكر الله

التزاماً مني بتعاليم القرآن الكريم وهدى سيد المرسلين، فإنني أتقدم بعظيم الشكر والتقدير، وبالغ الوداد والوفاء إلى مشرفي الدكتور الفاضل/ أنور حمدان الشاعر الذي أسبل علي من علمه الكثير، وكان سنداً وعوناً لإنجاز هذا البحث. منذ أن كان فكرة ثم خطة حتى استوى على سوقه وكان لي حظٌّ وافٍ من أخلاقه الحميدة وفتح لي قلبه وعقله وأمدني بكل ما احتجته من نصيح وإرشاد فله مني كل الحب والوفاء.

والشكر موصول إلى منارة العلم والعطاء والعلماء إلى هذا الصرح العظيم الجامعة الإسلامية نبع العلم والثقافة والمعرفة والنور الذي يستضاء به إليكي يا جامعتي أنتمي.

ولا ننسى بالشكر سعادة الدكتور/ سالم صباح رئيس جامعة فلسطين المحترم.

هذا وأستاذي الدكتور/ عدنان الحافي الذي اعتبره أماً عظيماً لي لم تلده أُمِّي منذ أن تعرفت عليه وأنا طالب، إذ كان مرشداً وخيراً عوناً لي في كافة مناحي الحياة فله مني جزيل الشكر والتقدير.

والشكر موصول إلى هيئة المناقشة الكرام كلاً من الدكتور/ هاني عبد الرحمن غانم مناقشاً داخلياً، والدكتور/ محمد سليمان شبير مناقشاً خارجياً، فلهم مني كل الاحترام والتقدير.

الباحث

مصعب سلامه الدحدوح

فهرس المحتويات

أ.....	إقرار
ب.....	نتيجة الحكم
ت.....	ملخص الرسالة
ث.....	ABSTRACT
ح.....	الإهداء
خ.....	شكر وامتنان
د.....	فهرس المحتويات
1.....	أولاً: مقدمة الدراسة
2.....	ثانياً: أهمية الدراسة
2.....	ثالثاً: أهداف الدراسة
2.....	رابعاً: مشكلة الدراسة
3.....	خامساً: فرضية الدراسة
4.....	سادساً: منهجية الدراسة
4.....	سابعاً: الدراسات السابقة
5.....	ثامناً: خطة الدراسة
6.....	الفصل التمهيدي
6.....	ماهية الموظف العام وطرق تعيينه
8.....	المبحث الأول
8.....	مفهوم الموظف العام وشروط تقلد الوظيفة العامة
9.....	المطلب الأول
9.....	مفهوم الموظف العام
9.....	الفرع الأول: التعريف التشريعي
13.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي
15.....	الفرع الثالث: التعريف القضائي
18.....	المطلب الثاني

18	شروط تنقل الوظيفة العامة
18	الفرع الأول: الشروط العامة لتنقل الوظيفة العامة
19	أولاً: الجنسية
21	ثانياً: العمر "السن القانونية"
22	ثالثاً: اللياقة الصحية ⁰
24	رابعاً: الصلاحية الأدبية ⁰
26	الفرع الثاني: الشروط الخاصة لتنقل الوظيفة العامة
27	أولاً: الكفاءة العلمية والفنية
28	المبحث الثاني
28	طرق التعيين بالوظيفة العامة
29	المطلب الأول
29	الطرق الديمقراطية للتعيين
29	الفرع الأول: الانتخابات
31	الفرع الثاني: المسابقات الوظيفية
35	المطلب الثاني
35	الطرق الأخرى للتعيين
35	الفرع الأول: الإعداد الفني والتأهيل ⁰
36	الفرع الثاني: الوظائف المحجوزة والاختبار الحر
36	ولاً: الوظائف المحجوزة ⁰
38	ثانياً: الاختيار الحر
40	الفصل الأول
40	نظرية الموظف الفعلي وأساسها القانوني
42	المبحث الأول
42	مفهوم ونشأة نظرية الموظف الفعلي
43	المطلب الأول
43	مفهوم الموظف الفعلي
43	الفرع الأول: تعريف الموظف الفعلي

46	الفرع الثاني: تمايز الموظف الفعلي عن غيره من مصطلحات مشابهة
46	أولاً: الموظف الفعلي والموظف العام "القانوني"
48	ثانياً: الموظف الفعلي ومنتحل الوظيفة العامة
51	ثالثاً: الموظف الفعلي ومغتصب الوظيفة العامة
58	المطلب الثاني
58	نشأة نظرية الموظف الفعلي
58	الفرع الأول: الوجود التاريخي لنظرية الموظف الفعلي
62	الفرع الثاني: الوجود القانوني لنظرية الموظف الفعلي
62	أولاً: الركن المادي
65	ثانياً: الركن المعنوي
67	المبحث الثاني
67	الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي
68	المطلب الأول
68	الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية
68	الفرع الأول: الأساس التشريعي
70	الفرع الثاني: مبدأ الغلط الشائع يولد الحق
71	الفرع الثالث: الأسس الفلسفية والاجتماعية
71	أولاً: فكرة الاستقرار كضرورة لحماية للحقوق
72	ثانياً: فكرة الثقة المشروعة
73	ثالثاً: حسن النية كأساس لنظرية الموظف الفعلي
73	رابعاً: المصلحة العامة كأساس لنظرية الموظف الفعلي
74	الفرع الرابع: المسؤولية كأساس لنظرية الموظف الفعلي
74	أولاً: المسؤولية المبنية على الخطأ كأساس لنظرية الموظف الفعلي
75	ثانياً: المسؤولية المجردة من الخطأ كأساس لنظرية الموظف الفعلي
76	ثالثاً: الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الموظف الفعلي
76	الفرع الخامس: فكرة الظاهر المعقول كأساس لنظرية الموظف الفعلي
77	الفرع السادس: مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وأطراد

79	المطلب الثاني
79	الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية
82	الفصل الثاني
82	تطبيقات نظرية للموظف الفعلي وآثارها
83	الفصل الثاني
83	تطبيقات نظرية للموظف الفعلي وآثارها
84	المبحث الأول
84	تطبيقات نظرية الموظف الفعلي
85	المطلب الأول
85	تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية
85	الفرع الأول: انعدام سند تقلد الوظيفة العامة
85	أولاً: بطلان قرار التعيين بالوظيفة العامة
92	ثانياً: بطلان انتخاب الموظف العام
92	الفرع الثاني: شغل الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية
93	الفرع الثالث: التفويض غير المشروع
94	أولاً: التفويض وشروطه
95	ثانياً: موقف القضاء والفقه من التفويض غير المشروع والموظف الفعلي
101	الفرع الرابع: بطلان قرار نقل الموظف
106	المطلب الثاني
106	تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية
107	الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من نظرية الظروف الاستثنائية
107	أولاً: موقف الفقه
108	ثانياً: موقف القضاء
110	الفرع الثاني: نماذج نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية
110	أولاً: المجلس الفعلي
111	ثانياً: موظفو قيادات العصيان والثورات الداخلية
112	ثالثاً: التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية

113	رابعاً: الموظف العام الوحيد في المنطقة.
114	المبحث الثاني
114	آثار نظرية الموظف الفعلي
115	المطلب الأول
115	آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي
115	الفرع الأول: آثار النظرية بالنسبة لتصرفاته في ظل الظروف العادية.
115	أولاً: بطلان تقلد الوظيفة العامة.
118	ثانياً: شغل الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية.
123	ثالثاً: التفويض غير المشروع.
124	رابعاً: بطلان قرار نقل الموظف العام.
127	الفرع الثاني: آثار النظرية بالنسبة لتصرفاته في ظل الاستثنائية.
127	أولاً: المجلس الفعلي
127	ثانياً: موظف قيادات العصيان والثورات الداخلية.
128	ثالثاً: التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية.
129	رابعاً: الموظف العام الوحيد في المنطقة.
130	المطلب الثاني
130	آثار النظرية بالنسبة للمركز القانوني للموظف الفعلي.
130	الفرع الأول: حقوق الموظف الفعلي.
130	أولاً: حقوق الموظف الفعلي في الظروف العادية.
134	ثانياً: حقوق الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية.
135	الفرع الثاني: التزامات الموظف الفعلي.
136	الخاتمة:
136	أولاً: النتائج.
138	ثانياً: التوصيات.
140	المصادر والمراجع

أولاً: مقدمة الدراسة

تُعدّ نظرية الموظف الفعلي من أهم النظريات البارزة في مجال القضاء الإداري لارتباطها بالوظيفة العامة، لاسيما نظرية الموظف العام الذي يعد المحرك الأساس في تسير الإدارة العامة في الدولة.

حيث تمارس الدولة نشاطها من خلال المرافق العامة تحقيقاً لغايات مختلفة، لا يمكن الوصول إليها إلا من خلال وجود الموظف العمومي وفقاً للأصل القانوني الذي أجمعت عليه النظم القانونية المختلفة في الدول المقارنة بوصفه الموظف العمومي.

إلا أن هنالك أحوالاً تفرض وجود حالة قانونية تخالف الأصل، تتجسد بالموظف الفعلي خروجاً عن حدود الاختصاص القانوني للموظف العام، الذي تعد أساس وجود نظرية الموظف الفعلي التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي حفاظاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطّراد، وبالنظر إلى الوضع القائم في فلسطين نجد وجوداً فعلياً؛ بل وملحوظاً للموظف الفعلي لاسيما بعد الانقسام الفلسطيني، وما ترتب عليه من تعطيل لكثير من المرافق العامة لانعدام وجود الموظف العام، وإحلال الموظف الفعلي مكانه وفقاً للظروف القائمة، هذا مع وجود بعض مظاهر اغتصاب السلطة، ومنتحلو الوظائف العامة، الأمر الذي أوجب قانوناً معالجة هذه الحالة القانونية وما يترتب عليها من آثار في هذه الدراسة لاسيما أن تطبيقات نظرية الموظف الفعلي لا تقتصر على القانون الإداري؛ بل وإننا نجد لها وجوداً في القوانين الأخرى، منها القانون المدني، وذلك في تصرفات الوكيل الظاهر مع صاحب النية غير الحسنة في مواجهة الموكل.

ومن هنا نجد أهمية تناول هذه النظرية بالدراسة والتحليل، والمقارنة مع الوضع القائم في النظم المقارنة لاسيما والأحكام القضائية التي تناولتها.

ثانياً: أهمية الدراسة

يُعدُّ الموظف عنصراً مهماً، وذو فاعلية وأهمية قصوى في تسيير المرفق العام ونجاحه، وضمان تقديم الخدمات التي يقوم عليها، فهو العنصر الذي يدير الإدارة العامة في الدولة ويحافظ على وجودها، وعليه فقد اهتم الفقه والقضاء المقارن النظرية بدراسة الموظف الفعلي الذي ابتدعها القضاء الفرنسي نظراً لأهميته في المحافظة على المرفق العام، وسير الوظيفة العامة بانتظام واطراد، حيث تزايد أهمية هذه النظرية في ظل الدولة الخادمة، وعلى الرغم من ذلك لم تلقَ اهتماماً كبيراً من جانب الباحثين بدراساتها في فلسطين، رغم ظهورها بشكل واسع مقارنة بالماضي، إذ يفرض الواقع الفلسطيني وجوب معالجة هذه النظرية بالدراسة والتحليل ومقارنتها بالنظم المقارنة لاسيما بعد الانقسام الفلسطيني الداخلي، للوقوف على المراكز القانونية لما رتبته هذه النظرية، وترابطها والواقع.

ثالثاً: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى إظهار شروط نظرية الموظف الفعلي وبيان آثارها، ذلك لتكون خير عون ومساعد للقاضي الوطني الإداري في عمله، لاسيما بعد الانقسام الفلسطيني الذي أفرز العديد من مظاهر الموظف الفعلي التي تتطلب معرفة تفصيلية لنظرية الموظف الفعلي؛ للمساعدة على الفصل في المنازعات ذات الصلة، وتحديد المراكز القانونية المترتبة عليها، لاسيما في ظل حداثة المحكمة الإدارية في قطاع غزة، وذلك في ظل عدم وجود دراسات وطنية في هذا الخصوص، لعدم تناول الموظف الفعلي من قبل الفقه الفلسطيني بالدراسة والتحليل مسبقاً، وبذلك تكون هذه الدراسة إثراء للقضاء الفلسطيني بشكل خاص، وكل عامل ومطلع على القانون فقهاً، كما ستكون إثراء للمكتبة القانونية عموماً، إن شاء الله.

رابعاً: مشكلة الدراسة

إنه وفق المستقر عليه قانوناً أن الوظيفة الإدارية العامة في الدولة تدار وتباشر من قبل الموظف العام لتسييرها، وذلك تسييراً للمرافق العامة في الدولة، وتحقيقاً لأهدافها، إلا أن هنالك أحوالاً يقوم بالوظيفة العامة غير الموظف العام، وذلك من قبل الموظف الفعلي موضوع الدراسة الذي نظمته التشريعات في إطار نظرية الموظف الفعلي.

ومن المستقر العمل عليه في فلسطين، مباشرة الوظيفة العامة في الدولة من قبل الموظف العام، ومنه تسيير المرافق العامة، إلا أن حالة الانقسام الفلسطيني الداخلية، أوجدت

فراعاً واسعاً في نطاق الوظيفة العامة في فلسطين، ومنه أفرغت العديد من التطبيقات العملية لنظرية الموظف الفعلي، ذلك لأن المرافق التي تُدار وتُسيّر لاسيما في قطاع غزة أصبحت وفق منظورها تدار وتسير في جانب كبير منها من موظفين فعليين، لم تصدر قرارات بتعيينهم وفق القانون، وعليه تتجسد إشكالية هذه الدراسة بالبحث عن مدى مشروعية التصرفات الصادرة عن الموظفين الذين يسيرون المرافق العامة بعد الانقسام السياسي، وذلك بالبحث عن مدى انطباق نظرية الموظف الفعلي على الواقع الفلسطيني لاسيما قطاع غزة فقهاً وقضاءً لاسيما وإننا نرى بأن هناك حاجة قانونية لتطبيق هذه النظرية القضائية في الأراضي الفلسطينية.

وفي ظل هذه الإشكالية تثار جملة من التساؤلات للإجابة عليها:

1. ما المقصود بالموظف الفعلي؟
2. هل يتميز الموظف الفعلي عن مغتصب السلطة ومنتحلها؟
3. ما هي مبررات نظرية الموظف الفعلي؟
4. ما حكم التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي؟
5. ما مدى انطباق تطبيقات نظرية الموظف الفعلي على الواقع في فلسطين؟
6. ماهي الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الموظف الفعلي؟

خامساً: فرضية الدراسة

للإجابة على إشكالية الدراسة قام الباحث بافتراض التالي:

1. يختلف مفهوم الموظف الفعلي عن مغتصب السلطة ومنتحلها؛ بل والموظف القانوني.
2. إن الظروف الاستثنائية ومقتضيات الوظيفة العامة هي مبرر وجود النظرية في ظل وجوب توافر مقوماتها.
3. توجد تطبيقات مختلفة لنظرية الموظف الفعلي سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية.
4. تُعدّ تصرفات الموظف الفعلي في مواجهة الغير صحيحة، وترتب آثارها في ظل مسئولية الموظف الفعلي على أعماله إذا كان سيء النية.
5. تُعدّ فلسطين لاسيما قطاع غزة مثلاً حياً لتطبيق نظرية الموظف الفعلي.

سادساً: منهجية الدراسة

فرضت طبيعة الدراسة وإشكالياتها اتباع المناهج التالية:

1. المنهج الوصفي التاريخي، وذلك لدراسة التطور القانوني لنظرية الموظف الفعلي في فلسطين، وذلك في إطار التطور العام لهذه النظرية من لحظة وجودها.
2. المنهج التحليلي، وذلك للوقوف على الفهم الصحيح والمقصود بالظروف والتطورات المتلاحقة في فلسطين، والتي تتعلق بالموظف الفعلي وتنظمه من الناحية القانونية لبيان مدى ملاءمتها ومطابقتها للواقع الفلسطيني من الناحية القانونية.
3. المنهج المقارن، وذلك لتبيان الفارق القانوني نظرياً واقعياً لنظرية الموظف الفعلي في فلسطين مع النظم المقارنة في هذا الخصوص، وذلك بقصد إظهار الوصف والمركز القانوني للموظف الفعلي لإظهار أوجه القصور والكمال في التنظيم القانوني للموظف الفعلي في فلسطين.

سابعاً: الدراسات السابقة

بالإطلاع على الدراسات ذات العلاقة بموضوع هذه الدراسة، لم يجد الباحث سوى بعض الدراسات التي تناولت موضوع الدراسة بشكل سطحي ضمن دراسات أخرى في إطار الموظف العام والوظيفة العامة، وإدارة الهيئات الإدارية العامة في الدولة، ذلك على المستوى المحلي في فلسطين، وفي نطاق النظم المقارنة وجد الباحث بعض الدراسات السابقة التي تناولت الموظف الفعلي بالدراسة: رسالة ماجستير للباحث عبد الله محمد البطوش 2006 بعنوان "نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً"، حيث تهدف هذه الدراسة إلى بيان تعريف الموظف الفعلي، وبيان الفرق بينه وبين منتحل الوظيفة ومغتصبها وبيان نشأة هذه النظرية وأساسها القانوني، حيث خلصت هذه الدراسة ببيان المقصود بالموظف الفعلي والفرق بينه وبين الموظف العام ومنتحل الوظيفة ومغتصبها، وبيان بعض أوجه الدراسات التطبيقية لهذه النظرية.

رسالة دكتوراه للباحث عاطف نصر مسلمي علي بعنوان "نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري" دراسة مقارنة، حيث هدفت هذه الدراسة إلى بيان المقصود بنظرية الظاهر وبيان أوجه تطبيقاتها، ومن بينها نظرية الموظف الفعلي الذي تم تناوله ببيان تعريفه، وشروط قيام النظرية، والآثار المترتبة عليها. وذلك مع عدم وجود دراسات حديثة تناولت نظرية الموظف

الفعلي بالتحليل، مما يشكل نقطة انطلاق يواجهها جملة من الصعاب بقصد تحقيق غاية هذا البحث؛ لإيجاد معالجة قانونية متخصصة وشاملة لموضوع الدراسة.

ثامناً: خطة الدراسة

لإثراء موضوع الدراسة وتأكيد فرضيتها قمت بتقسيم هذه الدراسة إلى:

❖ التمهيد: ماهية الموظف العام وطرق تعيينه.

- المبحث الأول: مفهوم الموظف العام وشروط تقلد الوظيفة العامة.
- المبحث الثاني: طرق التعيين بالوظيفة العامة.

❖ الفصل الأول: نظرية الموظف الفعلي وأساسها القانوني.

- المبحث الأول: مفهوم نظرية الموظف الفعلي ونشأتها.
- المبحث الثاني: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي.

❖ الفصل الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي وآثارها.

- المبحث الأول: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي.
- المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تصرفات الموظف الفعلي.

الفصل التمهيدي

ماهية الموظف العام وطرق تعيينه

الفصل التمهيدي

ماهية الموظف العام وطرق تعيينه

الموظفون العامون، المستخدمون العموميون⁽¹⁾ عمال الدولة، عمال السلطة الإدارية⁽²⁾ مصطلحات ارتبطت وجوداً بوجود الدولة، وازدادت انتشاراً واستعمالاً في ظل الدولة المتدخلة، التي غدت الإدارة العامة فيها جزءاً لا يتجزأ من حياة كل فرد فيها، ابتداء من ميلاده إلى وفاته، وذلك ضيقاً واتساعاً وفقاً للفلسفة الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية التي تتبناها الدولة⁽³⁾، فأصبح الموظف العام بذلك العمود الفقري والمحرك الأساس للعمل الإداري، وسير المرافق العامة، الذي من خلاله تعبر الإدارة عن إرادتها، فهو الرأس المفكر، والساعد المنفذ للدولة⁽⁴⁾.

لذلك فقد حظي الموظف العام باهتمام واسع من قبل التشريعات المقارنة، فتناوله بتنظيم بعض الجوانب المرتبطة به وبالوظيفة العامة، فرسمت الإطار القانوني والإداري له في إطار الوظيفة العامة ببيان المقصود به، وشروط تقلد الوظيفة العامة، وطرق التعيين بالوظيفة العامة، وبيان حقوقه وواجباته، ومنه انتهاء الصفة الوظيفية⁽⁵⁾.

وعليه سيتناول الباحث في هذا التمهيدي من هذه الدراسة ماهية الموظف العام وطرق تعيينه في محورين أساسيين، وسيكون كلٌّ منهما في مبحث مستقل على النحو التالي:

(1) شحاتة، مبادئ القانون الإداري (ص452).

(2) الظاهر، القانون الإداري (ص191).

(3) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص169).

(4) الظاهر، القانون الإداري (ص191).

(5) سيقصر الباحث في هذا الفصل فقط على بيان المقصود بالموظف العام، وشروط تقلد الوظيفة العامة، وطرق التعيين فقط، ولمزيد من التفاصيل حول حقوق الموظف العام وواجباته وطرق انتهاء الوظيفة العامة ومسؤولياته للموظف العام انظر:

- الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص185-207).

- عمور، مبادئ القانون الإداري (ص226-292).

- غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص465، 441).

المبحث الأول

مفهوم الموظف العام وشروط تقلد الوظيفة العامة

نتيجة الاهتمام الذي حظي به الموظف العام في التشريعات القانونية، ومنها الفلسطيني تم تناوله بالبيان والتفصيل لمحتواه، وما يرتبط به من الجانب القانوني، ذلك في ظل اختلاف هذه النظم في تنظيمها له اختلافاً مرتبطاً بالجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتدخل الدولة في حياة الأفراد اتساعاً وضيقاً وفقاً لنشاطها وتطور القانون الإداري⁽¹⁾.

وعليه سيتناول الباحث المبحث الأول من التمهيد في محورين أساسيين. سيتناول كلاً منهما في مطلب مستقل على النحو التالي:

(1) الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاءً (ص36).

المطلب الأول

مفهوم الموظف العام

نظراً لاختلاف التشريعات المقارنة في تنظيم نظرية الموظف العام، ذلك لاختلاف الدول في نطاق نشاطها وتدخلها في حياة الأفراد، والسياسة التي تتبعها واختلافها في ذات الدولة من حقبة لأخرى، غاب وجود تعريف جامع مانع للموظف العام قانوناً⁽¹⁾، ذلك في ظل وجود اجتهادات فقهية وقضائية لوضع تعريفاً له.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب في ثلاثة محاور أساسية كلاً منها في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف التشريعي

أورد المشرع الفلسطيني عدداً من المفاهيم للموظف العام منها ما ضيقت من المقصود بالموظف العام، ومنها من وسعت من نطاق المقصود به⁽²⁾.

حيث عرفه قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته بأنه "الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماتها"⁽³⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني في ظل قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 قد اقتصر فقط على بيان شروط تقلد الوظيفة العامة والتي بتوافرها تعدّ الشخص العامل موظفاً عاماً دون تعريف الموظف العام.

حيث اشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً:

1. أن يعين الشخص بقرار من جهة مختصة.
2. أن يكون التعيين لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية المدرجة بموازنة إحدى الدوائر الحكومية⁽⁴⁾.

(1) ليلو، القانون الإداري (ص106).

(2) عمرو، مبادئ القانون الإداري (ص209).

(3) المادة (1) من قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م وتعديلاته.

(4) وهو تعريف قاصر على الموظفين المدنيين الخاضعين لقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته، فهو لا يضم بين طياته العاملين في الدولة وفق قانون الخدمة لقوى الأمن والبلديات والهيئات والمؤسسات العامة.

هذا وقد عرف الموظف العام في نطاق قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 بأنه "كل شخص يشغل وظيفة من الوظائف المشار إليها فيما يلي أو يقوم بأعبائها بالوكالة أو بصورة أخرى أي:

أ. كل وظيفة مدنية، بما في ذلك منصب مندوب السامي، أنيطت صلاحية التعيين لها أو العزل منها بجلالة الملك أو المندوب السامي، أو بالمندوب السامي في المجلس التنفيذي، أو بأي لجنة أو هيئة عامة.

ب. كل وظيفة يعين أو يختار لها الشخص الذي يشغلها بحكم القانون.

ت. كل وظيفة مدنية انيطت صلاحية التعيين لها أو العزل منها بأي شخص أو جماعة من الأشخاص يشغلون وظيفة من الوظائف المشار إليها في الفقرتين السابقتين من هذه المادة.

ث. كل حكم أو فيصل في أي إجراءات أو قضية أُحيلت للتحكيم بقرار من المحكمة أو بموافقتها أو بمقتضي أي تشريع من التشريعات، وتشمل هذه العبارة أيضاً:

1. أي عضو من أعضاء لجنة تحقيق عينت بمقتضي أي تشريع من التشريعات أو وفقاً لأحكامه.

2. الشخص المنوط به تنفيذ إجراءات أي محكمة من المحاكم.

3. جميع الأشخاص الذين ينتسبون للقوى العسكرية أو لقوات بوليس فلسطين.

4. جميع الأشخاص المستخدمين في أي دائرة من دوائر الحكومة.

5. كل رجل من رجال الدين أياً كانت الطائفة التي ينتمي إليها، عند قيامه بإشهار زواج مقبل، أو بعقد زواج، أو يحفظ سجل الزواج، والمواليد، والعماد، والوفيات، والدفن وإصدار شهادات بها، ولكن ليس بأي صفة أخرى.

6. الشخص المستخدم لدى سلطة بلدية.

7. مختار القرية⁽¹⁾.

هذا وإن المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات بالمقابل اكتفى بذكر الفئات التي تُعدّ ضمن إطار الوظيفة العامة، ومنه اكتساب صفة الموظف العام لصاحبها، وذلك دون وضع تعريفٍ محددٍ له، وهذا وقد اشتمل على فئات من غير الموظفين العموميين وفقاً لشرط تقلد

(1) المادة (5) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م.

الوظيفة العامة، وطرق التعيين بها نظرا لتوسع المشرع في بيان المقصود بالموظف العام في التشريع الجنائي عنه في قانون الخدمة المدنية.

هذا ووفقا للتشريع المصري نجد ان التشريعات المصرية لم تتضمن تعريفاً محدداً للموظف العام شأنها شأن التشريعات المقارنة، بل إن القوانين واللوائح الخاصة بالوظيفة العامة قد استخدمت أكثر من مصطلح للتعبير عن شاغلي الوظائف العامة، وأكثرها استعمالاً الموظفون العموميين، والمستخدمون المليون، مستخدمو الحكومة، وذلك دون التمييز أو توضيح الفارق بين كلٍّ منها⁽¹⁾، إذ يُعدُّ أول تشريع مصري استخدم لفظ الموظف العام هو القانون رقم (9) لسنة 1949 الصادر بشأن مجلس الدولة بنص المادة الثانية منه، كما ورد لفظ الموظف العام في القانون رقم (210) لسنة 1951 بنص المادة الأولى، والخامسة منه⁽²⁾.

ولم يختلف الحال في ظل صدور القانون رقم (76) لسنة 1957 بشأن الأجور والمرتبات التي ينقاضها الموظفون العموميين علاوة على مرتباتهم الأصلية، وكذلك هو الحال بصور القانون رقم (46) لسنة 1964 بشأن العاملين المدنيين بالدولة، ومن بعده القانون رقم (58) لسنة 1971 بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة، والقانون رقم (47) لسنة 1978 المتعلق بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة، وهو المعمول به حالياً ... إذ اقتضت هذه القوانين على ذكر الفئات التي تُعدُّ في نطاق الموظف العام، حيث نصت المادة الأولى من القانون الساري رقم (47) لسنة 1978 على أن "يعمل في المسائل المتعلقة بنظام العاملين المدنيين بالدولة بالأحكام الواردة بهذا القانون وتسري أحكامه على:

أ. العاملين بوزارة الحكومة ومصالحها والأجهزة التي لها موازنة خاصة، ووحدات الحكم المحلي.

ب. العاملين بالهيئات العامة فيما لم تنص عليه اللوائح الخاصة لهم، ولا تسري هذه الأحكام على العاملين الذين تنظم شؤون توظيفهم قوانين أو قرارات خاصة، فيما نصت عليه هذه القوانين والقرارات، يُعدُّ عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون، كل من يُعيَّن في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة⁽³⁾.

(1) شحاتة، مبادئ القانون الإداري (ص452).

(2) مراجع في ذلك تفصيلاً. الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاء (ص149-150).

(3) حددت المادة الثانية من ذات القانون المقصود بالوحدة في مجال تطبيق هذا القانون بأنها، كل وزارة، أو جهاز يكون له موازنة خاصة، وكل وحدة من وحدات الحكم المحلي والهيئات العامة.

وباستقراء النصوص الواردة في التشريع المصري يرى الباحث أنها اقتضت على بيان الفئات التي تعد ضمن إطار الموظف العام دون بيان المقصود بالموظف العام قانوناً.

خلفاً لما جاء بقانون الخدمة المدنية رقم (18) لسنة 2015 بأنه: "كل من يشغل إحدى الوظائف الواردة بموازنة الوحدة"⁽¹⁾.

وقد عرّف المشرع الأردني في كل من الدستور الأردني، وقانون الجرائم الاقتصادية، وقانون العقوبات، ونظام الخدمة المدنية الأردني، تختلف في نطاقها حسب تطبيق مفهوم الموظف العام تبعاً للموضوعات التي ينظمها ويحميها كل من تلك القوانين.

فقد جاء في الدستور الأردني على أنه "...يقصد بالوظائف العامة، كل وظيفة يتناول صاحبها مرتبة من الأموال العامة، ويشمل ذلك دوائر البلديات، وكذلك لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الأعيان ومجلس النواب"⁽²⁾.

وقد عرفه قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم (11) لسنة 1993 بـ: "

أ. تشمل كلمة موظف لأغراض هذا القانون كل موظف أو مستخدم أو عامل معين من المرجع المختص بذلك في أي جهة من الجهات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة، كما تشمل رؤساء وأعضاء مجالس الجهات الواردة في البنود (3-6) من الفقرة (ب) من هذه المادة.

ب. تشمل عبارة الأموال العامة لأغراض هذا القانون كل مال يكون مملوكاً أو خاضعاً لإدارة أي جهة من الجهات التالية أو لإشرافها:

1. الوزارات والدوائر والمؤسسات الرسمية العامة.
2. مجلسا الأعيان والنواب.
3. البلديات والمجالس القروية ومجالس الخدمات المشتركة.
4. النقابات والاتحادات والجمعيات والنوادي.
5. البنوك والشركات المساهمة العامة ومؤسسات الإقراض المتخصصة.
6. أي جهة ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة⁽³⁾.

(1) المادة (2) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

(2) المادة (76) من الدستور الأردني لسنة 1952م بتعديلاته.

(3) المادة (2) من قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم (11) لسنة 1993م.

وكذلك عرفه قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 "يعد موظفاً بالمعني المقصود في هذا الباب كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها، وكل عامل أو مستخدم في الدولة أو في إدارة عامة"⁽¹⁾.

وقد عرفه نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (55) لسنة 2002 أنه "الشخص المعين بقرار من المرجع المختص، وفي وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة، أو موازنة إحدى الدوائر بما في ذلك الموظف المعين بموجب عقد، ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً"⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث أن المشرع الأردني لم يضع تعريفاً جامعاً مانعاً موحداً، في ظل الدستور الأردني، وقد توسع في بيان نطاق المقصود بالموظف العام في ظل قانون الجرائم الاقتصادية حماية للمال العام، وكذلك فعل في ظل قانون العقوبات حماية للمرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد لتحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

نظراً لاختلاف التشريعات المقارنة في بيان المقصود بالموظف العام، وعدم إجماعها على تعريف جامع مانع لها، نجد أن الفقه اختلف أيضاً حول تعريف الموظف العام⁽³⁾، وذلك في ظل المحاولات العديدة لوضع تعريف دقيق له يجمع العناصر الأساسية اللازمة لاكتساب الشخص صفة الموظف العام.

حيث إنه في نطاق الفقه الفلسطيني جاء معرفاً له بأنه "كل شخص طبيعي يعهد إليه من سلطة مختصة قانوناً القيام بعمل دائم في خدمة مرفق عام يديره أحد أشخاص القانون العام بطريق مباشر"⁽⁴⁾.

وقد عرفه الفقه المصري بأنه: "الشخص الذي يُسهم في عمل دائم في مرفق عام تديره الدولة أو غيرها من الوحدات الإدارية بأسلوب الاستغلال المباشر، أو يكون إسهامه في هذا

(1) المادة (169) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م.

(2) المادة (2) من قانون الخدمة المدنية الأردني رقم (55) لسنة 2002م.

(3) شطناوي، مبادئ القانون الإداري (ص414).

(4) غانم، الجمالي، الموظف العام (ص15).

العمل عن طريق إسناد مشروع لوظيفته، ينطوي على قرار بالتعيين من جانب الإدارة، وعلى قبول لهذا التعيين من جانب صاحب الشأن⁽¹⁾.

وبالوقوف على التعريف الفقهي المصري يرى الباحث أنه قد اشترط لاكتساب صفة الموظف العام كلاً من:

- 1- التعيين من السلطة المختصة.
- 2- شغل وظيفة دائمة وبشكل دائم.
- 3- الخدمة في مرفق عام يدار بالاستغلال المباشر وفق الاتجاه الحديث⁽²⁾.

ويضيف الفقه المصري شرط قبول الموظف العام لقرار تعيينه الصادر من السلطة المختصة⁽³⁾.

وعرّف البعض الموظف العام في ذات المضمون "بأنه هو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو السلطات الأخرى بالطريق المباشر بناء على تعيين يصادف قبولاً لدى الموظف".

وقد عرفه الفقه الأردني بأنه "بأنه ذلك الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو إحدى الهيئات الإقليمية، أو إحدى المؤسسات العامة الإدارية"⁽⁴⁾. وعرفه البعض الآخر "بأنه كل فرد يشغل وظيفة دائمة في مرفق عام تديره الدولة بطريق الاستغلال المباشر"⁽⁵⁾.

وعليه يرى الباحث أن الفقه الأردني قد اشترط في الموظف العام لاعتباره كذلك ما يلي:

- 1- شغل له لوظيفة دائمة.
- 2- الخدمة في مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى بأسلوب الاستغلال المباشر.

(1) شحاتة، مبادئ القانون الإداري (ص457).

(2) الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (ص427). الشرقاوي، القضاء الإداري (ص252-255).

(3) إذ يتم استبعاد المجندين في الجيش والمكلفين من دائرة صفة الموظف العام لعدم قبولهم التجنيد والحاقهم به جبراً ... لمزيد من التفاصيل راجع نجم، القانون الإداري (ص122).

(4) شطناوي، تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن (ص238).

(5) البطوش، نظرية الموظف العلمي فقهاً وقضاء (ص13).

وعليه يرى الباحث بأن الفقه في ظل الاجتهادات القائمة في هذا المجال لوضع تعريف من جانبه للموظف العام لم يتمكن من وضع تعريف جامع مانع للموظف العام إلا أنها اجتهادات تقوم على اعتبارات معينة تختلف من دولة لأخرى ومن باحث لآخر، ومنه لم يتم الوصول إلى تعريف جامع مانع للموظف العام؛ إلا أنها تعتبر اجتهاد محمود في نطاق تعريف الموظف العام.

الفرع الثالث: التعريف القضائي

بالرجوع إلى أحكام القضاء الفلسطيني نجده قد عرفه في العديد من أحكامه، حيث عرفته محكمة العدل العليا بأنه "هو كل شخص يعهد لديه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة"⁽¹⁾.

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها "إن شرائط اكتساب صفة الموظف العام تكمن في أن يكون الشخص قائماً بعمل دائم، وذلك في خدمة مرفق عام، أو مصلحة عامة، باعتبار أن الموظف العام هو كل من يناط به إحدى وظائف الدولة العامة في نطاق إحدى السلطات الثلاث، متى كان تقليده هذا العمل قد تم بالأداة القانونية الصحيحة ومطبقة دائمة وليس بصفة عارضة، سواء أكان يؤدي عمله داخل البلاد أم خارجها"⁽²⁾.

وقد عرفه مجلس الدولة المصري بأن "صفة الموظف العام لا تقوم بالشخص ولا تجري عليه أحكام الوظيفة العامة، فيخضع لنظامها، ويفيد من مزاياها، إلا إذا كانت علاقته بالحكومة مستقرة ودائمة، وفي خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، أما إذا كانت هذه العلاقة عارضة ينظمها عقد العمل، فإنه لا يعد موظفاً عاماً، بل يخضع في تنظيم هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص"⁽³⁾.

(1) قرار رقم 1993 الصادر بتاريخ 2006/1/28 محكمة العدل المنعقدة بمرام الله (المقتفي).

(2) طعن رقم 144 لسنة 42 ق.ع. جلسة 1997/5/3، المكتب الفني 24 الجزء الثاني، (ص95)، القاعدة رقم 103.

(3) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع مجلس الدولة من 1960 إلى 1970، أحمد سمير أبو شادي، قاعدة رقم 1899، (ص3053-3087) في 1965/3/21.

وفي ذات المضمون عرفتته فتوى أخرى بأنه "من يقوم بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره أو تشرف عليه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام"⁽¹⁾.

وقد اشترطت المحكمة الإدارية العليا بمصر لاعتبار الشخص موظفاً عاماً توافر شرطين "أن يكون قائماً بعمل دائم، وأن يكون هذا العمل في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة، ويقابل تنوع المرفق من حيث الطبيعة تنوعاً من حيث الإدارة ... ولكي يكتسب عمال المرافق العامة صفة الموظف العمومي، يجب أن يدار المرفق عن طريق الاستغلال المباشر"⁽²⁾.

من جهة أخرى، فقد عرفه الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 1642 لسنة 6 ق بجلسة 1962/5/5 بأنه "ليس بالتشريعات أو اللوائح في مصر نصاً يعرف الموظف العمومي، ولا يمكن اعتبار ما نصت عليه المادة الأولى من قانون نظام موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951 تعريفاً للوظيفة أو للموظف العام، وأنه وإن كانت أحكام هذا القانون تسري على الغالبية الكبرى من موظفي الدولة ومستخدميها، إلا أنها مع ذلك لا تسري على فئات أخرى منها، طوائف الموظفين الذين تنظم قواعد توظيفهم قوانين خاصة، وهناك بعض عمال الدولة لا ينطبق عليهم أحكام هذا القانون، ويُعدون مع ذلك من الموظفين العموميين، كالعمد و المشايخ، والمأذونين"⁽³⁾.

وجاء في حكم آخر "... لكي يكتسب عمال المرافق العامة صفة الموظف العمومي يجب أن يدار المرفق عن طريق الاستغلال المباشر"⁽⁴⁾.

ويرى الباحث من خلال الأحكام السابقة أن القضاء المصري قد اشترط لاكتساب صفة الموظف العام أن يكون الشخص عاملاً في مرفق عام يُدار بالاستغلال المباشر، بالإضافة إلى الشروط التي أشار لها الفقه.

من جانب آخر، فقد استقر القضاء الأردني من خلال محكمة العدل العليا الأردنية على أن الموظف العام هو "كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره، الدولة أو

(1) فتوى رقم 636 في 1959/9/16 مجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة فتاوي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري سنة 13، (ص219).

(2) إدارية عليا 1957/44/4 مجموعة القواعد القانونية، أبو شادي رقم 36، (ص46).

(3) مجموعة أحكام المحمة الإدارية العليا، س7، (ص793) رقم 1642 لسنة 6ق.

(4) إدارية عليا 1962/5/5 مجموعة للقواعد القانونية، أبو شادي رقم 37، (ص47).

أحد أشخاص القانون العام⁽¹⁾، وقضت في حكم آخر لها " .. وأن المستخدم لا يعد موظفاً عاماً ما لم يكن معيناً في وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف⁽²⁾، إلا أنها قد عدلت هذا الحكم بحكم آخر لها بأن "الموظف العام هو الشخص المعين بقرار من المرجع المختص بذلك في وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف في خدمة مرفق عام من مرافق الدولة، سواء كان يعمل براتب شهري في وظيفة مدرجة في جدول التشكيلات أم براتب مقطوع أم مستخدم فيها، وذلك وفقاً للمادة الثانية من نظام الخدمة المدنية رقم (1) لسنة 1988⁽³⁾".

من خلال ما سبق يتضح للباحث أن القضاء الأردني استقر أخيراً على اشتراط دائميه الوظيفة العامة في استمرارية خدمة الموظف لمرفق عام تديره الدولة بذاتها.

وبالوقوف على الأحكام القضائية التي تناولت مفهوم الموظف العام في فلسطين، والنظم المقارنة يرى الباحث أنها تشترك في بيان الشروط التي من خلال توافرها تقوم صفة الموظف العام⁽⁴⁾، ومنه يمكن تعريف الموظف العام من جانبنا بأنه "كل شخص يعهد إليه العمل بشكل دائم في وظيفة دائمة بموجب قرار صادر من السلطة المختصة، وذلك للعمل في مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى بالاستغلال المباشر".

(1) عدل عليا رقم 76/63 مجلة نقابة المحامين 1977، العدد 8-8، (ص950).

(2) عدل عليا رقم 72/275 مجلة نقابة المحامين 1975-1971، (ص943).

(3) عدل عليا 1997/191 مجلة نقابة المحامين هيئة عامة 1998، (ص380).

(4) يمكن حصر شروط اكتساب صفة الموظف العام من خلال الأحكام القضائية في القضاء الفلسطيني والنظم المقارنة بأنها 1- ديمومة الوظيفة العامة. 2- الخدمة في مرفق عام تديره الدولة بطريقة مباشرة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى. 3- صدور قرار التعيين من السلطة المختصة.

المطلب الثاني

شروط تقلد الوظيفة العامة

رغم تباين النظم المقارنة ذات الصلة في بيان مفهوم الموظف العام، إلا أنها أجمعت في تشريعاتها على وجوب توافر جملة من الشروط التي لا بد أن تتوافر بالشخص المتقدم للوظيفة العامة لتقلدها، مع اختلافها في نطاق هذه الشروط تبعاً للنظم التي تتبعها الدولة وظروفها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

حيث حددت أنظمة الخدمة المدنية المقارنة جملة من الشروط العامة، كأصل لتقلد الوظيفة العامة، لضمان القدر الكافي من الكفاءة وحسن سير المرافق العامة، وضمان تحقيق أهدافها⁽¹⁾، كما اشترطت جملة من الشروط الخاصة التي نصت عليها القوانين الأخرى خلافاً لأنظمة الخدمة المدنية المقارنة تبعاً لخصوصية الوظائف التي تنظمها⁽²⁾.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب في محورين أساسيين وسيكون كلُّ منهما في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط العامة لتقلد الوظيفة العامة

ضمنت دساتير الدول، ومنها القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، الحق في العمل وكفلته لكل أفراد الشعب⁽³⁾، وأحاطته التشريعات⁽⁴⁾ والنظم المقارنة بجملة من الضوابط

(1) عمرية، التعيين في الوظيفة العمومية (ص7).

(2) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص176).

(3) نصت المادة (25) الفقرة الأولى منها من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل إن "العمل حق لكل مواطن، وهو واجب وشرف، وتسعى السلطة الوظيفية إلى توفيره لكل قادر عليه".

(4) تنص المادة (14) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على أنه "لا يعين في إحدى وظائف الخدمة المدنية إلا من توافرت فيه شروط شغل الوظيفة، ويحظر الجمع بين وظيفتين.

حددت المادة (24) من القانون ذاته هذه الشروط، حيث نصت على "أنه يشترط فيمن يعين في أي وظيفة أن يكون:

- فلسطينياً أو عربياً.
- قد أكمل السنة الثانية عشرة من عمره، وبُثبت عمر الموظف بها وبلاذه الرسمية وفي الأحوال التي لا يتيسر الحصول على شهادة الميلاد يقدر بقرار تؤخذه اللجنة الطبية المختصة، ويُعدّ قرارها في هذا الشأن نهائياً.

الموضوعية العامة لتقرير صلاحية المتقدم للوظيفة العامة من عدمه، ويكون ذلك ضماناً لقدرته وكفاءته للقيام بأعباء الوظيفة العامة وحسن سير المرفق العام ومنه تحقيق المصلحة العامة، حيث تتجسد هذه الشروط العامة في كل من:

أولاً: الجنسية

يُعد شرط التمتع بالجنسية الوطنية للدولة شرطاً أساسياً لتقلد الوظائف العامة في معظم التشريعات المقارنة، لما فيه من تأكيد لولاء الشخص وانتمائه للدولة، وحرصه على النهوض بها.

فاشترط المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على ذلك⁽¹⁾:

وباستقراء نص المادة يؤكد الباحث أن المشرع الفلسطيني اشترط التمتع بالجنسية الفلسطينية أو أي جنسية أخرى لدولة عربية، مساوياً بذلك بين الفلسطيني والعربي في تقلد الوظيفة العامة في فلسطين، مشاركاً في ذلك رعايا الدول العربية مع المواطن الفلسطيني بتقلد الوظيفة العامة؛ إلا أن الباحث يرى أنه كان على المشرع إعطاء الأولوية للمواطن الفلسطيني مع ضرورة تنظيم من يحمل الجنسية العربية لتقلد الوظيفة العامة، وذلك خلافاً لبعض النظم المقارنة التي تمنع الأجانب من تقلد الوظائف العامة لحماية لاقتصادها ورعاياها، ومنه خلق وإيجاد فرص العمل لهم وتأمين حياتهم⁽²⁾ مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل وفق لما يراه الباحث.

وقد تبني المشرع المصري شرط الجنسية لتقلد الوظيفة العامة في نظمه القانونية، حيث نص قانون العاملين المدنيين المصري رقم (47) لسنة 1978 على الشروط الواجب توافرها في الشخص لتقلد الوظائف العامة بقولها: "يشترط فيمن يعين في إحدى الوظائف أن يكون متمتعاً

-
- خالياً من الأمراض والعاهات البدنية والعقلية التي تمنعه من القيام بأعمال الوظيفة التي سيعين فيها بموجب قرار من المرجع الطبي المختص، على أنه يجوز تعيين الكفيف في عينيه أو فاقد البصر في إحدى عينيه أو ذى الإعاقة الجسدية، إذا لم تكن أي من تلك الإعاقات تمنعه من القيام بأعماله الوظيفية التي سيعين فيها شهادة المرجع الطبي المختص على أن تتوافر فيه الشروط الأخرى للياقة الصوتية.

- متمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه من محكمة فلسطينية مختصة بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد إليه اعتباره.

(1) المادة (24) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته.

(2) عمرو، شرح قانون الخدمة الحديثة للفلسطينيين (ص24-25).

بالجنسية المصرية أو جنسية إحدى الدول العربية التي تعامل بجمهورية مصر العربية بالمثل بالنسبة إلى تولي الوظائف العامة⁽¹⁾.

وجاء في قانون الخدمة المصري رقم (18) لسنة 2015 ذات المضمون بالنص على: "أن يكون متمتعاً بالجنسية المصرية أو جنسية إحدى الدول العربية التي تعامل المصريين بالمثل في تولي الوظائف المدنية"⁽²⁾.

إلا أن المشرع المصري قد ميز بين المصري الأصلي الجنسية والمتجنس، حيث لا يتمتع الأخير بحق تقلد الوظائف العامة، ولا التمتع بحقوقه بصفة عامة كمصري إلا بعد مضي مدة زمنية يثبت فيها ولاءه لوطنه الجديد⁽³⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يستنبط الباحث أن المشرع المصري قد أوجب شرط التمتع بالجنسية المصرية فيمن يتقدم لتقلد الوظائف العامة، ولمن يتمتع بجنسية أي دولة عربية شريطة قيام مبدأ المعاملة بالمثل، ومضي مدة زمنية معينة فيمن هو مكتسب للجنسية المصرية بالتجنس⁽⁴⁾.

هذا وقد اشترط المشرع الأردني كذلك توافر الجنسية الأردنية لتقلد الوظائف العامة في الدولة، حيث نظم نظام الخدمة المدنية رقم (1) لسنة 1988 ذلك منه "يجوز تعيين غير الأردنيين في أي وظيفة بموجب عقد إذا لم يكن هناك أردني تتوفر فيه المؤهلات والمتطلبات اللازمة للوظيفة على أن تراعي في ذلك التشريعات المعمول بها في المملكة"⁽⁵⁾، كما أتاح

(1) المادة (20) من قانون العاملين المدنيين المصري رقم (47) لسنة 1978م. جعفر، الوظيفة العامة (ص49).

(2) المادة (15) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

(3) نصت المادة (9) من القانون رقم (26) لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية "لا يجوز للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية التمتع بالحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الجنسية، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضواً في أي هيئة نيابية قبل مضي عشرة سنوات من التاريخ المذكور، إلا بقرار من رئيس الداخلية لمن انضم إلى القوات المصرية المحاربة، وحارب في صفوفه. أو بقرار من رئيس الجمهورية للإعفاء من أي من القيدتين السابقين.

(4) نصت المادة (23) من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة "مصر" يتم إثبات توفر شروط المعاملة بالمثل بجنسية إحدى الدول العربية بخطاب معتمد من وزارة الخارجية المصرية".

(5) المادة (40) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (1) لسنة 1988م.

المجال أمام المتجنس العمل في المملكة في بعض الوظائف العامة التي يحددها مجلس الوزراء بعد مضي عشر سنوات على الأقل على اكتسابه الجنسية الأردنية⁽¹⁾.

إلا أن بعض النظم المقارنة لم تجعل هذا الحصر أمراً مطلقاً، إذ تسمح للفئات الأجنبية العمل لديها في بعض الوظائف في ظل افتقارها لتوافر التخصصات في رعاياها⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث أن المشرع الأردني جاء أكثر تنظيمياً لشرط الجنسية ومن بعده المصري. خلافاً للمشرع الفلسطيني الذي جاء تنظيمه قاصراً لهذا الجانب القانوني.

ثانياً: العمر "السن القانونية"

يفترض فيمن يتقدم لتقلد الوظيفة العامة أن يكون قد بلغ من العمر ما يمكنه من القيام بأعباء الوظيفة العامة ومهامها، إذ تختلف التشريعات المقارنة في تحديد السن المشترط توافره لتقلد الوظائف العامة تبعاً لما يراه المشرع متناسباً والوظيفة العامة ومتطلباتها⁽³⁾، ذلك بين الحد الأدنى والأعلى للعمر لتقلد الوظيفة العامة⁽⁴⁾.

إذ تتفق غالبية التشريعات المقارنة على اعتبار سن 18 أو 20 سنة هو الحد الأدنى للدخول للوظيفة العامة وتقلدها، وتجعل الحد الأعلى لتقلد الوظائف العامة ما بين 35 و 45 سنة⁽⁵⁾.

وبالنظر إلى التشريع الفلسطيني فقد نظم قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته الفقرة الثانية منها ذلك فنصت على "أن يكون المرشح قد أتم الثامنة عشر من عمره، ويثبت عمر الموظف بالاستناد لشهادة ميلاد رسمية، أو تقدر سنه اللجنة الطبية المختصة في الأحوال التي لا تتوافر بها شهادة ميلاد، أو يعجز عن إثبات السن فيها"⁽⁶⁾.

(1) نصت المادة (14) من قانون الجنسية الأردني رقم (6) لسنة 1954 على أنه "لا يجوز له تولي المناصب السياسية والدبلوماسية والوظائف العامة التي يحددها مجلس الوزراء، أو أن عضواً في مجلس الأمة إلا بعد مضي عشر سنوات على الأقل على اكتسابه الجنسية الأردنية كما لا يحق له الترشح للمجالس البلدية والقروية والنقابات المهنية إلا بعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على اكتسابه...".

(2) حبيش، الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين (ص70).

(3) الخلايلة، القانون الإداري (ص50).

(4) يكن الحد الأردني مشروطاً للتأكد من قدرة الشخص وصلاحيته على القيام بالوظيفة العامة ومهامها وأعبائها، أما الحد الأعلى فيكون للتأكد من أن الموظف أو المتقدم للوظيفة العامة أساساً لم يبلغ سن التقاعد، أو أنه ما زال قادراً على أداء أعباء الوظيفة ومهامها ولم تخدم طاقته الإنتاجية.

(5) عمريّة، التعيين في الوظيفة العمومية (ص16).

(6) المادة (24) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته.

هذا واعتبرت المدة (47) من القانون ذاته أن سن الستين هو سن انتهاء الخدمة للموظف العام في الوظيفة العامة⁽¹⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني في ظل قانون الخدمة المدنية وضع الحد الأدنى لتقليد الوظيفة العامة سن 18 سنة، وأضاف أن الحد الأقصى لذلك هو الستون سنة.

وقد حدد المشرع المصري الحد الأدنى لتولي الوظائف العامة ست عشرة سنة ذلك لتولي وظيفة من الدرجة التاسعة كتابية⁽²⁾، والثامنة عشر عاماً كشرط لتقلد الوظائف العامة بالنسبة للعاملين المدنيين في الدولة كحد أدنى لذلك⁽³⁾.

وفي النظام الأردني قد اشترط المشرع بنظام الخدمة المدنية أن يبلغ سن الشخص المرشح للوظيفة العامة ثمانية عشر عاماً على الأقل، وفق ما جاء في المادة (43) من النظام⁽⁴⁾.

ثالثاً: اللياقة الصحية والصلاحية العقلية⁽⁵⁾

يطلق عليها البعض الصلاحية الجسمانية ليكون الموظف قادراً على القيام بأعباء الوظيفة العامة بكفاءة وبصورة سليمة ومنظمة⁽⁶⁾، يجب أن يكون لائقاً صحياً، لذلك نصت أنظمة الخدمة المدنية المقارنة على اشتراط اللياقة الصحية في كل مرشح للوظيفة العامة⁽⁷⁾.

(1) المادة (97) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته.

(2) السناري، مبادئ ونظريات القانون الإداري (ص213). عمري، التعيين في الوظيفة العمومية (ص18). شحاتة، مبادئ القانون الإداري (ص494).

(3) المادة (8/15) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

(4) يشترط فيمن يعين في أي وظيفة أن يكون أكمل الثانية عشرة من عمره بموجب البطاقة الشخصية الصادرة من دائرة الأحوال المدنية والجوازات، أما من كان يوم ولادته غير معروف فقد اعتبر من مواليد اليوم الأول من شهر كانون الثاني للسنة التي ولد فيها.

(5) الزغبى، القانون الإداري (ص195).

(6) حاتم، القانون الإداري (ص215). الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص215).

(7) يقصد باللياقة الصحية كشرط التعيين في الوظيفة العامة - أن يكون المرشح للوظيفة العامة صحيح الجسم إلى الحد الذي يمكنه من القيام بأعباء وظيفته بصورة تنظيمية، وأن يكون سليماً من الأمراض والعاهات البدنية والعقلية التي تمنعه من القيام بأعمال الوظيفة التي سيعين فيها، وخالياً من الأمراض المعدية حتى لا يشكل خطراً في نقل العدوى إلى زملائه في العمل من الموظفين أو المتعاملين معه من الجمهور. كنعان، القانون الإداري (ص50). الزغبى، القانون الإداري (ص196).

حيث نص قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على الخلو من العاهات البدنية والعقلية التي تمنع الموظف من القيام بأعمال الوظيفة التي سوف يعمل فيها بناء على قرار من المرجع الطبي المختص، ولا يحول ذلك دون تعيين الكفيف، وفاقد البصر في أحد عينيه، أو ذوي الإعاقة الجسدية إذا لم تكن تمنعه من القيام بأعمال بموجب شهادة من المرجع الطبي المختص⁽¹⁾.

كما أورد المشرع الفلسطيني معاملة خاصة لذوي الأسرى والجرحى الذين أصيبوا في عمليات المقاومة، والذين تسمح حالتهم بالقيام بأعمال تلك الوظائف⁽²⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني أقر شرط اللياقة الصحية؛ بل ومنح ذوي الإعاقات الجسدية الناتجة عن المقاومة وما يتصل بها معاملة خاصة.

كما أوجبت المادة (34) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على جميع الدوائر الحكومية أن تراعي عند كل تعيين جديد ضرورة استكمال نسبة 5% المحددة لتشغيل المعوقين، ويقوم الديوان باحتجاز نسبة 5% من اعداد ومسميات الوظائف التي يصرح بالإعلان عن شغلها لتعيين المعوقين عليها.

وقد تطلب المشرع المصري أيضاً شرط اللياقة الصحية لمن يتقدم لتقلد الوظائف العامة، ولم يستثن من هذا الشرط إلا المعينين بقرار من رئيس الجمهورية للوظائف العليا، ومن تقرر السلطة المختصة بالتعيين إعفاءهم من هذا الشرط، وطبقاً لأحكام قانون العمل يُعفى منه كذلك المصابون في أثناء العمليات الحربية أو الوطنية أو بسببها⁽³⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع المصري، قد اشترط اللياقة الصحية شرطاً مستمراً إلى نهاية الخدمة كشرط لقيام الصفة الوظيفية، واستمرار تقلد الوظيفة العامة⁽⁴⁾.

وقد تناول المشرع الأردني هذا الشرط كذلك بالتنظيم مراعيّاً اختلاف درجة اللياقة الصحية المطلوبة وفق نوعية الوظيفة وطبيعتها، حيث نص نظام الخدمة المدنية رقم (1) لسنة 1988 على أنه "يجوز تعيين الكفيف في عينه، أو فاقد البصر في إحدهما، أو ذوي الإعاقة الجسدية

(1) المادة (24) الفقرة الثالثة من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1988م.

(2) المادة (23) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته.

(3) جودة، الصلاحية الأدبية والعملية والجسمانية للتعيين في الوظائف العامة (ص188).

(4) المادة (5/15) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

إذا لم يكن من تلك الإعاقات تمنعه من القيام بأعمال الوظيفة التي سيعين فيها بشهادة المرجع الطبي المختص، على أن تتوافر فيه الشروط الأخرى لللياقة الصحية⁽¹⁾.

هذا ويعفى من شروط اللياقة الصحية عادة شاغلو الوظائف العليا، وما نص عليه نظام الخدمة المدنية "يعفى المرشح للتعين في إحدى الوظائف في الفئة العليا من الفحص الطبي..."⁽²⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الأردني نظم شرط اللياقة بما يقترب مما نص عليه المشرع المصري، مضيفاً جانباً من مراعاة اختلاف درجة اللياقة الصحية تبعاً للوظيفة المتقدم لها أساساً.

رابعاً: الصلاحية الأدبية⁽³⁾

وتسمى الصلاحية الأخلاقية، الأخلاق والآداب العامة ضرورة اجتماعية يجب أن يتحلى بها كل شخص في المجتمع، ولذلك فهي ضرورة وظيفية أساسية يجب أن يتحلى بها كل من يتقلد الوظائف العامة، إذ تشترط جميع الأنظمة القانونية المقارنة لاسيما أنظمة الخدمة المدنية على حتمية تمتع المتقدم لتقلد الوظائف العامة بحسن السيرة والسلوك والتمتع بالحقوق المدنية.

هذا وتضيف بعض التشريعات المقارنة في هذا السياق شرطاً آخر، يتجسد في عدم سبق العزل للوظيفة⁽⁴⁾ وبيان تفصيل ذلك:

1) حسن السيرة والسلوك والتمتع بالحقوق المدنية:

اشتراط المشرع الفلسطيني فيمن تقدم لتقلد الوظائف العامة أن يكون حسن السمعة والسلوك⁽⁵⁾، وفي ذلك حاول القضاء الإداري وضع تعريف دقيق لسيرة المرء بالقول: "إنها ما

(1) المادة (22) الفقرة (ج) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (1) لسنة 1988م.

(2) المادة (24) فقرة (ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (1) لسنة 1988 والمعدلة بموجب النظام المعدل رقم (64) لسنة 1994 الصادر في العدد رقم 4006 بتاريخ 1994/12/1.

(3) الزغبى، القانون الإداري (ص196).

(4) الزغبى، القانون الإداري (ص197).

(5) يقصد بحسن السمعة والسلوك جملة الصفات والخصال التي يتحلى بها الشخص من صفات يتصف بها ومتعلقة بسلوكه وشخصيته. الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص178).

عرف به المرء أو عرف عنه صفات حميدة أو غير حميدة تتناولها الألسنة، وتقر في الأذهان على أنها صحيحة⁽¹⁾.

نص قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته في هذا السياق على "أنه لا يكون محكوماً عليه من محكمة فلسطينية مختصة بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد له اعتباره"⁽²⁾.

ويرى الباحث باستقراء النص السابق أن المشرع اشترط حسن السمعة، وحسن السلوك ومنه التمتع بالحقوق المدنية إلا أنه قصر ذلك على عدم صدور حكم مُخل بالشرف أو الأمانة أو بجناية من القضاء المحلي المختص، وبذلك لم يشمل من حكم عليه بحكم مُخل بالشرف أو جناية من محكمة أجنبية، وفي ذلك أضرار بالوظيفة العامة لاسيما في ظل الأفعال المجرمة في معظم الدول والمتصلة بالأمانة والشرف والجرائم التي تشكل جنایات.

من جهة أخرى فقد اشترط المشرع المصري وجوب توافر هذا الشرط، إذ اشترط أن يكون المتقدم للوظيفة العامة ألا يكون محكوماً عليه بجناية أو جنحة مخلة بالأمانة والشرف على أن يكون الحكم نهائياً، وألا يكون قد رد إليه اعتباره⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق يرى الباحث أن المشرع المصري أضاف في نطاق هذا الشرط ألا يكون قد صدر بحق المتقدم للوظيفة العامة حكم في جنحة، وهذا توسيع لنطاق هذا الشرط. وأضاف المشرع الأردني قيد على رد الاعتبار في نطاق هذا الشرط ألا يقبل رد الاعتبار في جرائم الخيانة والتجسس⁽⁴⁾.

وبناءً على ما سبق يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني في ظل تنظيمه لهذا الشرط أصابه القصور شأنه شأن التشريعات المقارنة في نطاق الأحكام الأجنبية، في ظل انعدام وجود معيار موضوعي لتحديد حسن الأخلاق والسلوك، الأمر الذي يجعل موضوع تحديد حسن السلوك فيه استغلال أو تعسف في بعض الأحوال من قبل بعض الجهات بما يحرم التقدم للوظيفة العامة من فرصة تقلد الوظيفة العامة في ظل عدم اشتغال الجرح من نطاق الشرط، خلافاً لما نص

(1) جودة، الصلاحية الأدبية والعملية والجسمانية للتعين في الوظائف العامة (ص119).

(2) المادة (24) الفقرة (4) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998م وتعديلاته.

(3) بيسيوني، شؤون رجال القضاء فقهاً وقضاءً (ص162).

(4) كنعان، القضاء الإداري (ص56).

عليه المشرع الأردني الذي أضاف أيضاً قيد عدم قبول رد الاعتبار لتقلد الوظائف العامة فيما يتعلق في جرائم الخيانة والتجسس.

(2) عدم سبق العزل الوظيفي:

لم ينص المشرع الفلسطيني على هذا الشرط في النظام القانوني الفلسطيني، لكنه أصبح يمثلها عرفاً إدارياً واجب الاتباع⁽¹⁾، فقرار العزل أو الحكم التأديبي يكون بطبيعة الحال جزءا لارتكاب مخالفة إدارية أو مالية أو فنية خطيرة⁽²⁾ على أن يكون قرار الفصل نهائياً⁽³⁾.

إلا أن بعض التشريعات تشدد على هذا الشرط، وتعدّه شرطاً لتقلد للوظائف العامة، ومنها التشريع الأردني، حيث تناوله في قانون استقلال القضاء في الأردن، إذ يشترط فيمن يعين قاضياً ألا يكون محكوماً من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مغل بالشرف، ولو رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام⁽⁴⁾.

وعليه يرى الباحث أن المشرع الأردني توسع في نطاق معايير وشروط تقلد الوظائف العامة من حيث التفصيل، إذ إن المشرع الفلسطيني والمصري لم يشترطاً ألا يكون المتقدم قد سبق عزله وظيفياً.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لتقلد الوظيفة العامة

تشترط بعض التشريعات والنظم المقارنة إلى جانب الشروط العامة لتقلد الوظائف العامة التي يجب توافرها للمتقدم لتقلد الوظيفة العامة، توافر جملة من الشروط الخاصة، وذلك لتعزيز ضمان القدرة والكفاءة فيمن سيتم اختيارهم للقيام بأعباء الوظيفة العامة ومنه تحقيق المصلحة العامة.

(1) غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص452).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص233).

(3) أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية المقصود بنهائية القرارات الإدارية بأنه: "ليس يكفي لتوافر صفة النهائية للقرار الإداري أن يكون صادر من صاحب الاختصاص بإصداره، بل ينبغي أن يقصد مصدره الذي يملك إصداره تحقيق أثره القانوني فوراً أو مباشرة بمجرد صدوره، وألا يكون ثمة سلطة إدارية للتعقب عليه وإلا كان بمثابة اقتراح أو إبداء رأي لا يترتب عليه الأثر القانوني للقرار الإداري النهائي". حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم (234) لسنة 9 ق.ع. جلسة 1966/11/20 موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً.

(4) كنعان، القانون الإداري (ص57-58).

حيث تختلف هذه النظم في نطاق هذه الشروط شأن اختلافها في الشروط العامة، وذلك لاختلاف أساس نظام الترتيب والتوصيف للوظائف العامة بها⁽¹⁾.

الكفاءة العلمية والفنية

تشتتر بعض النظم في بعض الوظائف توافر شرط الكفاءة العلمية والفنية اللازمة لتولي المتقدم للوظيفة بها، بحيث يكون مؤهلاً علمياً وعملياً بما يتوافق والوظيفة وأعباءها.

حيث تعدّ الحصول على درجة علمية معينة شرطاً أساسياً لتولي الوظائف العامة في غالبية أنظمة الخدمة المدنية المقارنة، وذلك في ظل اختلاف الدرجة العلمية المتطلبة لشغل الوظيفة المراد شغلها اختلافاً بيناً وأهميتها ومكانتها⁽²⁾.

حيث نص قانون السلطة القضائية الفلسطيني في هذا السياق رقم (1) لسنة 2002 الفقرة الثانية منها على شروط تعيين القضاة بأن "يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها"⁽³⁾.

والبعض الآخر يضيف شرط الكفاءة العسكرية أو الإعفاء منها⁽⁴⁾، وشرط الولاء والانتماء⁽⁵⁾.

(1) عمرية، التعيين في الوظيفة العمومية (ص28).

(2) كنعان، القانون الإداري (ص58).

(3) المادة (16) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002م.

(4) لمزيد من التفاصيل راجع رسلان، الوسيط في القانون الإداري الوظيفة العامة (ص119).

(5) عمرية، التعيين في الوظيفة الحكومية (ص44).

المبحث الثاني

طرق التعيين بالوظيفة العامة

الإعلان عن الوظائف الشاغرة في الدولة، يفرض وجوباً إذا ما توافرت الشروط العامة والخاصة فيمن يتقدم لتقلد الوظيفة العامة تقدم أعداد كبيرة لاسيما في ظل البطالة المتفاقمة، مما يثير إشكاليات تحقيق الملائمة والتوازن بين المتقدمين وعدد الوظائف الشاغرة.

ومن ثم وجب تحديد أسلوب معين للمفاضلة بين المتقدمين، واختيار الأمثل والأكثر ثقة؛ لشغل الوظيفة العامة، الأمر الذي يفرض على الإدارة العامة، والمشرع مسبقاً تحديد الوسائل والطرق التي يتم من خلالها التعيين في الوظيفة العامة، بعد توافر شروط تقلد الوظيفة العامة للموائمة بين مقتضيات الوظيفة العامة وأهدافها، ومن جانب الكفاءة تحقيقاً للمصلحة العامة وحسن السير المرفق العام.

حيث تختلف وتتعدد طرق تقلد الوظائف العامة، وأساليب التعيين في النظم المقارنة، إذ قد تلجأ بعض النظم القانونية إلى أسلوب دون الآخر، والبعض الآخر قد يجمع بين أكثر من أسلوب؛ تبعاً للنظام القائم بها، وطبيعة الوظيفة ذاتها وظروفها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية⁽¹⁾، وتحقيقاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والجدارة والعدالة بين المواطنين⁽²⁾ على أصول ديمقراطية، وأخرى لا يقوم على هذا الأساس في التعيين⁽³⁾. وعليه سيتناول الباحث هذا المبحث في محورين أساسيين.

(1) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص180).

(2) جمال الدين، التنظيم الإداري للوظيفة العامة (ص149).

(3) A.delaubadene.op.it.no.107

نقلاً عن شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني الوظيفة العامة (ص89).

المطلب الأول

الطرق الديمقراطية للتعيين

تتبع بعض النظم القانونية المقارنة الطرق الديمقراطية للتعيين، وذلك باتباع نظام الانتخابات، أو المسابقة للتعيين في الوظيفة العامة بعد توافر شروط تقلد الوظيفة العامة والخاصة.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب في محورين أساسيين، وسيكون كلٌّ منها في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول: الانتخابات

يُعد سبيل الانتخابات السبيل الديمقراطي الأول للتعيين في الوظيفة العامة⁽¹⁾، إذ تتبنى بعض النظم المقارنة هذا السبيل كأسلوب من أساليب التعيين؛ لشغل بعض الوظائف العامة في الدولة⁽²⁾.

وباستقراء القوانين الفلسطينية نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل تناول هذا السبيل معتبراً الشعب مصدر السلطات، حيث نص على أنه "ينتخب رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية انتخاباً عاماً ومباشراً من الشعب الفلسطيني؛ وفقاً لأحكام قانون الانتخابات الفلسطيني"⁽³⁾، كما نص على أن "يتألف المجلس التشريعي من ثمانية وثمانين عضواً منتخباً وفقاً للقانون"⁽⁴⁾، هذا ونص على أنه "ينتخب المجلس في أول اجتماع له رئيساً ونائبين للرئيس وأميناً للسر، يكونون هيئة مكتب رئاسة المجلس"⁽⁵⁾.

هذا وتناول قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 آلية انتخاب المجالس المحلية وتنظيمها.

(1) لا يقصد بها السبيل انتخاب رؤساء الدول وأعضاء البرلمان والمجالس المحلية والقروية، إذ يتم انتخاب هذه الفئات وفق قوانين خاصة أو لا يخضعون في الموقف ذاته لأحكام قانون الخدمة المدنية، كما لا يطبق عليهم وصف الموظف العام الوارد في قانون الخدمة المدنية.

(2) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص181).

(3) المادة (34) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2002م.

(4) المادة (48) من ذات القانون السابق.

(5) المادة (50) من ذات القانون السابق.

ويأخذ المشرع المصري هذا السبيل للتعيين في بعض الوظائف، كانتخاب العمدة والمشايخ بواسطة الجمهور في كل قرية أو حصة، وكذلك انتخاب عمدة الكليات من بين الثلاثة الحاصلين على نسبة من الأصوات الانتخابية بالكلية التي يوجد بها أكثر من عشرة أساتذة.

حيث نص القانون رقم (49) لسنة 1972 بشأن تنظيم الجامعات على أن "يختار كل أستاذ من أساتذة الكلية أو المعهد التابع للجامعة، وكل من الأساتذة المساعدين والمدرسين أعضاء مجلس الكلية أو المعهد ثلاثة من أساتذة الكلية أو المعهد لمنصب العميد، ويتم الاختيار عن طريق الاقتراع السري، ويعين وزير التعليم العالي العميد بناء على ترشيح رئيس الجامعة من بين الأساتذة الحاصلين على أكثر الأصوات، وذلك لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد⁽¹⁾.

وأخذ المشرع الأردني بهذا السبيل لاختيار بعض الموظفين، كانتخاب رؤساء المجالس البلدية وأعضائها، حيث نص قانون البلديات الأردني والتعديلات التي أدخلت عليه على أن يتم انتخاب رئيس البلدية وعضو المجلس البلدي في آن واحد، وعلى ورقتين منفصلتين، بحيث يجري انتخابهم في اقتراع واحد، وذلك بالانتخاب المباشر من قبل السكان المقيمين ضمن نطاق البلدة، ويتكرر ذلك كل أربع سنوات، فقد ورد في المادة الثالثة من قانون البلديات الأردني: "يتم انتخاب رئيس المجلس وأعضائه انتخاباً مباشراً وفقاً لأحكام هذا القانون ..."⁽²⁾.

وبناء على ما سبق يرى الباحث أن هذا السبيل الذي أخذ به المشرع الفلسطيني في بعض الوظائف ولاسيما التشريعية والرئاسية والمحلية سبيل ذو طابع ديمقراطي يسمح للشعب بالاختيار بين المشرحين؛ لتقلد الوظيفة العامة، ولكنه خيراً فعل. في عدم الأخذ به على إطلاقه في كل الوظائف كونه سبيل قد يفضي إلى عدم اختيار الأصلح؛ لتقلد الوظيفة العامة ولاسيما في الوظائف ذات الطابع الإداري والقضائي والقانوني، فهو قد لا يؤدي إلى تقلد الكفاءات وأصحاب القدرات، وإن أفضى إلى ذلك سيجعل الموظف العام متأثراً في عمله بجمهور ناخبيه مما يفقده النزاهة وتغليب المصالح الخاصة على المصلحة العامة، إلى جانب تكليف الدولة أعباء مالية كبيرة في إجراء العملية الانتخابية أساساً⁽³⁾.

(1) رسلان، وجيز القانون الإداري (ص161).

(2) قانون البلديات الأردني رقم (14) لسنة 2007.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع الحلو، القانون الإداري (ص259-260). عبد الله، القانون الإداري (ص233-

234). رسلان، وجيز القانون الإداري (ص130-131).

الفرع الثاني: المسابقات الوظيفية

الاختيار عن طريق الجدارة لتقلد الوظيفة العامة هو سبيل من السبل الديمقراطية ذات الصلة الموضوعية التي تفضي إلى الكفاءات وذوي الاختصاص، وهو الأكثر تحقيقاً للعدالة المجتمعية والضمان الحقيقي لمبدأ الجدارة في اختيار الموظفين⁽¹⁾.

يُعدُّ هذا السبيل الأكثر انتشاراً في النظم المقارنة وأقدمها استعمالاً، إذ تقوم بها الجهة المختصة بالتعيين أو الهيئة المركزية، وذلك بعقد امتحانات ذات طبيعة خاصة⁽²⁾، تتلاءم والوظيفة المتقدم لها.

فقد أخذ المشرع الفلسطيني بهذا السبيل بمنح السلطة المختصة بالتوظيف⁽³⁾، حيث تضمن قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته المسابقة كسبيل لاختيار من يشغل الوظائف العامة، باستثناء الوظائف التي تشمل "الفئة الأولى"، وأوضح الإجراءات التي يتعين على الجهات المختصة بهذا الشأن اتباعها والتي تشكل في جوهرها ضمانات وضوابط⁽⁴⁾ للمسابقة الوظيفية للتعيين في الوظيفة العامة، وهي على النحو التالي:

(1) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص182).

(2) قد تكون هذه الانتخابات شفوية أو تحريرية أو كليهما معاً من خلال لجنة مختصة تحدد معايير الامتحان وضوابطه التي قد تكون قائمة على الجانب البدني والقدرات العقلية والذكاء العام والكياسة والتعاون إلى آخره من معايير تحددها اللجنة وفقاً للتخصص المتقدم له في الوظيفة العامة. الزغبى، القانون الإداري (ص200-201).

(3) غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص454).

(4) حدد المشرع الفلسطيني للسلطة المختصة بتعيين الموظفين العموميين بنص المادة (15) من قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته "يعين رئيس دائرة الرقابة المالية والإدارية بقرار من رئيس السلطة الوطنية ومصادقة المجلس التشريعي، ونصت المادة (16) من القانون ذاته على "يعين باقي رؤساء الدوائر الحكومية والمستقلة من الفئة الأولى بقرار من رئيس السلطة الوطنية بناء على تنسيب من مجلس الوزراء، كما نصت المادة (17) على أنه "يتعين الوكلاء والمديرون العامون من موظفي الفئة الأولى أو ما يعادلها من خارج الدائرة الحكومية بقرار من رئيس السلطة الوطنية وبناء على تنسيب من مجلس الوزراء.

- ونصت المادة (18) من القانون ذاته على أنه "يعين موظفو الفئات الأخرى بقرار من رئيس الدائرة المختصة.

- ونصت المادة (69) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الفقرة (ب) منها على "تعيين رؤساء الهيئات والمؤسسات المشار إليها في البند (أ) أعلاه والإشراف عليها وفقاً لأحكام القانون.

1) العلانية:

تقوم المسابقة الوظيفية على أساس المنافسة الحرة التي لا تكون متحققة إلا من خلال الإعلان عن الوظائف الشاغرة في صحيفتين يوميتين على الأقل، متضمناً الإعلان البيانات المتعلقة بالوظيفة وشروط شغلها، والمكان والزمان لتقديم الطلبات وانعقاد المنافسة وآلياتها، بما في ذلك الإعلان عن جميع القرارات المتعلقة بالمسابقة في المكان والزمان المحددين لذلك⁽¹⁾.

فقد نص قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على أن "تعلن الدوائر الحكومية عن الوظائف الخالية بها، التي يكون التعيين فيها بقرار من الجهة المختصة خلال أسبوعين من خلوها في صحيفتين يوميتين على الأقل يتضمن الإعلان فيها عن البيانات المتعلقة بالوظيفة وشروط شغلها ويشعر الديوان بذلك"⁽²⁾.

كما وجاء في ذات القانون على أنه "في الوظائف التي يستدعي شغلها إجراء مسابقات كتابية وشفهية يتم الإعلان عن إجراء المسابقات الكتابية أولاً، أو يدعى الناجحون في الامتحان الكتابي فقط لإجراء المسابقات الشفهية ويتم الإعلان عن أسماء الناجحين في المسابقات الشفهية حسب الترتيب النهائي لنتائج المسابقات"⁽³⁾.

هذا وقد نص ذات القانون على أن "تقوم لجان الاختبار بالإعلان عن أسماء المقبولين للتقدم لمسابقات التعيين في صحيفتين يوميتين ليومين متتاليين على الأقل بحيث يتضمن الإعلان موعد المسابقة ومكانها"⁽⁴⁾.

2) حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين:

منح القانون في كل من تتوافر به الشروط التي أوضحها إعلان التقدم للوظائف الشاغرة الحق في التقدم للوظيفة العامة، وذلك وفق القانون وإجراءاته.

حيث نص قانون الخدمة الحديثة رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته الفلسطيني على أنه:

لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك عمر، القانون الإداري (ص214). غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص258-260). الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص174).

(1) غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص456). الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص182).

(2) المادة (19) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1988م.

(3) المادة (20) من ذات القانون السابق.

(4) المادة (21) من ذات القانون السابق.

1- "يكون التعيين في الوظائف بحسب الأسبقية الواردة بالترتيب النهائي لنتائج الامتحان، وعند التساوي في الترتيب يعين الأعلى مؤهلاً فالأكثر خبرة، فإن تساوى يقدم الأكبر سناً وتسقط حقوق من لم يدركه الدور للتعين بمضي سنة من تاريخ إعلان لجنة الامتحان.

2- يتم الشروع في عملية التعيين خلال مدة شهر من تاريخ إعلان النتائج المذكورة.

3- يجب الانتهاء من عملية التعيين للشواغر المعلن عنها خلال مدة أقصاها سنة من تاريخ إعلان نتيجة الامتحان⁽¹⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني تبنى نظام المسابقة بشكل واضح، كأحد سبل التعيين في الوظيفة العامة، وقد نظمها وأحاطها بجملة من الضمانات القانونية الأساسية التي تفضي إلى الشفافية والنزاهة، ومنه إلى تعيين الكفاءات وذوي الخبرات في الوظائف التي يتم التعيين بها وفقاً لنظام المسابقة ومنها القضاء.

وقد أخذ المشرع المصري في هذا النطاق بهذا السبيل، حيث نص قانون رقم (47) لسنة 1978 بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة على أن "تعلن الوحدات عن الوظائف الخالية بها التي يكون التعيين فيها بقرار من السلطة المختصة في صحيفتين يوميتين على الأقل ويتضمن الإعلان البيانات المتعلقة بالوظيفة وشروط شغلها، وتحدد السلطة المختصة الوظائف التي يكون شغلها بامتحان، وتلك التي تشغل بدون امتحان"⁽²⁾، وقضى ذات القانون بنص آخر "أن يكون التعيين في الوظائف التي تشغل بامتحان بحسب الأسبقية الواردة بالامتحان النهائي لنتائج الامتحان، وعند التساوي في الترتيب يعين الأعلى مؤهلاً، فالأقدم تخرجاً، فإن تساوى يقدم الأكبر سناً"⁽³⁾.

وكذلك في قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015 بالنص على "يكون شغل تلك الوظائف بامتحان ينفذه الجهاز من خلال لجنة للاختبار ويشرف عليه الوزير المختص على أن يكون التعيين بحسب الأسبقية الواردة في الترتيب النهائي نتيجة الامتحان،

(1) المادة (22) من ذات القانون السابق.

(2) المادة (17) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (47) لسنة 1978م.

(3) المادة (18) من ذات القانون السابق.

وعند التساوي يقدم الأعلى في مرتبة الحصول على المؤهل المطلوب لشغل الوظيفة، فالدرجة الأعلى في ذات المرتبة، فالأعلى مؤهلاً، فالأقدم في التخرج، فالأكبر سناً⁽¹⁾.

وقد أخذ المشرع الأردني أيضاً في سبيل المسابقات الوظيفية، وجعلها السبيل الرئيس لشغل معظم الوظائف العامة في الدولة، وذلك لما أكدته الدستور الأردني الذي جاء مؤكداً على مبدأ الجدارة باعتباره الأساس في شغل الوظائف العامة مؤقتاً أو بشكل دائم⁽²⁾.

فقد نصت أنظمة الخدمة المدنية الأردنية السابقة صراحة على هذا السبيل، خلافاً للنظام الحالي، إذ لم ينص صراحة على هذا السبيل، إذ أنيط بديوان الخدمة المدنية مهمة وضع القواعد الخاصة بإجراء الامتحانات التنافسية بين المتقدمين للتعيين في الوظيفة العامة، وفق ضابطين هما: الجدارة والأقدمية أو الخبرة، والضوابط الخاصة للتوظيف في الأجهزة الحكومية⁽³⁾.

وباستقراء النصوص السابقة وفق التشريع المصري والأردني نجد أن كليهما جاء متبنياً سبيل المسابقة الوظيفية؛ للتعيين في الوظيفة العامة، وشأنهم فعل المشرع الفلسطيني مع ضرورة تبني المشرع الفلسطيني سبيل المسابقة الوظيفية للتعيين في الوظيفة العامة، كسبيل أساسي لمعظم الوظائف سواء على الصعيد التربوي والأكاديمي، أو الأمني في الأجهزة الأمنية أو غيرها من اختصاصات وظيفية، منعاً للمحاباة والوساطة، وذلك في ظل ضرورة إحاطة هذا السبيل بجملة من الضمانات التي تعزز نزاهة هذه الوسيلة وفعاليتها للتعيين في الوظيفة العامة؛ وصولاً إلى تحقيق المصلحة العامة، وحسن تسيير المرافق العامة.

(1) المادة (13) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

(2) الخلايلة، القانون الإداري (ص60).

(3) كنعان، القانون الإداري (ص65).

المطلب الثاني

الطرق الأخرى للتعيين

قد تتبع الإدارة العامة في بعض الدول سبيلاً غير السبل الديمقراطية للتعيين بالوظيفة العامة، وذلك وفق ما يتفق بنظامها القائم والضرورة الوظيفية والجوانب الأمنية، إذ قد تتبع سبيل الإعداد الفني والتأهيل، والوظائف المحجوزة لتقلد الوظائف العامة.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب في محورين أساسيين، وسيكون كلٌّ منهم، في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول: الإعداد الفني والتأهيل⁽¹⁾

تتبنى بعض التشريعات المقارنة سبيل الإعداد والتأهيل؛ لتقلد الوظائف العامة، حيث تقوم هذه الطريقة بإنشاء الدولة لمعاهد ومراكز تتولى مهمة إعداد الأفراد الراغبين لتولي الوظائف العامة إعداداً تاماً لذلك، وذلك بتدريبهم مسبقاً على أعمال الوظيفة العامة التي سيتولونها تدريباً نظرياً وعملياً متكاملاً خلال مدة معينة، تقوم الإدارة خلالها بإصدار قرار بتعيين من يثبت صلاحيته بالوظيفة العامة، واستبعاد كل من لم يثبت صلاحيته⁽²⁾.

حيث نجد أن المشرع الفلسطيني لم يتبنَ هذا السبيل في التوظيف، ولعل الأمر يرجع إلى التكلفة العالية، والنفقات الباهظة لهذا السبيل. كون أن الإدارة تلتزم بتحمل نفقات التعليم والمعيشة أحياناً كما هو الحال في الكليات الحربية والعسكرية، مقابل التزام الخريجين بالعمل لمدة معينة بعد التخرج لرد ما أنفقته عليه الدولة من مصروفات ورواتب خلال فترة إعداده.

إلا أن المشرع المصري أخذ بهذا السبيل من أجل التعيين ببعض الوظائف العامة، فقام بإنشاء مراكز التدريب المهني التابعة للدولة، ومدارس المحصلين، ومدارس التمريض، ومعهد

(1) غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص453). الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص180). الظاهر، القانون الإداري (ص214).

(2) ومن تلك المراكز معاهد الإدارة العامة والمعاهد الفنية المتخصصة في فرنسا، ومنها المدرسة الوطنية للإدارة. الشرقاوي، القانون الإداري (ص522). الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري (ص300).

البريد ... وغيرها من المعاهد التي يقتصر دورها على إعداد الشخص إعداداً مسبقاً؛ لتولي أعباء الوظيفة⁽¹⁾.

وكذلك فعل المشرع الأردني فأنشأ الكليات العسكرية، وكلية الشرطة، ومدارس إعداد الفنيين، وكليات التربية، ومعاهد التمريض، والاقتصاد المنزلي، وكليات الفنادق والسياحة، ومعهد الإدارة العامة لإعداد القيادة الإدارية لتولي المناصب القيادية والرئيسة في الدولة، كما وأنشأ المعهد القاضي بإعداد القضاة وتأهيلهم⁽²⁾.

وبناء على ما سبق نجد أن المشرع الفلسطيني لم يأخذ بهذا السبيل رغم أهميته، خلافاً للنظام المصري والأردني، ونظراً لأهميته ومزاياه لاسيما في سلك القضاء، والمناصب المؤثرة في الدولة، فإننا نوصي المشرع بتنظيم هذا السبيل، وجعله أساساً لتقلد الوظائف القضائية والعليا في الدولة، لاسيما بعد عملية الاختبار والمسابقة كسبيل سابق لهذا السبيل؛ لتعزيز الفائزين بالمسابقة فنياً وعلمياً والنهوض بالوظيفة العامة، وتلافي النفقات الباهظة التي ستتحملها الدولة باقتصار التدريب الفني والتأهيل لفئة محددة نجحت مسبقاً باختبارات الوظيفة أساساً.

الفرع الثاني: الوظائف المحجوزة والاختبار الحر

تتبع بعض الدول سبيل الوظائف المحجوزة في بعض الوظائف، كما ويتبع البعض الآخر سبيل الاختيار الحر للإدارة للموظف، وفق الإدارة المطلقة لها، وكلٌ منهم يمس بمبدأ المساواة بين المتقدمين للوظيفة العامة⁽³⁾.

أولاً: الوظائف المحجوزة⁽⁴⁾

تقوم بعض الدول بتبني نظام الوظائف المحجوزة سيما في الوظائف التي تحتاج إلى تخصص معمق وكبير، أو إلى مستوى عالٍ من الكفاية الجسمانية، إذ لا يعمل في ظلها القواعد

(1) عمرية، التعيين في الوظيفة الحكومية (ص70). راجع المادة (7) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

(2) عمرية، التعيين في الوظيفة الحكومية (ص70).

(3) السناري، مبادئ ونظريات القانون الإداري (ص219). الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص180). غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص452).

(4) يقصد بالوظائف المحجوزة قصد التعيين في الوظائف على هؤلاء الأفراد أو تلك الفئات دون باقي أفراد المجتمع، غالباً ما يكونون قد تحملوا قدراً كبيراً من التضحية، تتبعه اشتراكهم في الحروب بطريقة مباشرة كالمحاربين القدامى، ومشوهي الحروب أو بطريقة غير مباشرة، كفقدانهم عائلاتهم أو بإصابته بعجز دائم أقعده عن العمل. جودة، الرقابة القضائية على التعيين في الوظائف العامة (ص480).

العامة في المنافسة لتقلد الوظيفة العامة، حيث تخصص في بعض النظم هذه الوسيلة في أحوال خاصة لمن تحمل قدراً كبيراً من ويلات الحروب وآثارها من مشوهي الحروب، والأرامل، والأيتام بسبب الحرب.

واعترافاً من المشرع الفلسطيني بتلك الفئة من الشعب من المناضلين والمحاربين ... نص قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على ما يلي:

- 1- يحدد بقرار من مجلس الوزراء نسبة الوظائف التي تُخصص للأسرى المحررين، وللجرحى الذين أصيبوا في عمليات المقاومة، والذين تسمح حالتهم بالقيام بأعمال تلك الوظائف كما يحدد القرار وصفاً للجرحى المذكورين، وقواعد شغل تلك الوظائف.
- 2- يجوز أن يعين في تلك الوظائف أزواج هؤلاء الجرحى، أو أحد أولادهم، أو أحد إخوانهم أو أخواتهم القائمين بإعالتهم، وذلك في حالة عجزهم عجزاً تاماً أو وفاتهم، إذا توافرت فيهم شروط شغل تلك الوظيفة⁽¹⁾.

وعليه يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني اهتم بهذه الفئة تقديراً للدور الانتصاري والوطني والإنساني ولذلك نظم تقلدهم للوظائف العامة أو لذويهم ممن يعيلونهم من خلال سبيل الوظائف المحجوزة شريطة توافر شروط شغل تلك الوظائف أساساً، وهو بالأمر الإيجابي حفاظاً على المصلحة العامة بالمقابل.

وقد نص قانون العاملين المدنيين المصري رقم (47) لسنة 1987 على ذات المضمون لهذا السبيل بقولها "تحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء الوظائف التي تحجز للمصابين في العمليات الحربية الذين تسمح حالاتهم بالقيام بأعمالها، كما يحدد ذلك القرار قواعد شغلها، ويجوز أن يعين في هذه الوظائف أزواج هؤلاء المصابين، أو أحد أولادهم، أو أحد إخوانهم القائمين بإعالتهم، وذلك في حالة عجزهم عجزاً تاماً، أو وفاتهم إذا توافرت فيهم شروط شغل هذه الوظيفة"⁽²⁾.

وجاء قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015 بالنص على ذلك "تحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء الوظائف التي تحجز للمصابين في العمليات الحربية والمحاربين القدماء ومصابي العمليات الأمنية وذوي الإعاقة والأقزام متى سمحت حالتهم بالقيام بأعمالهم،

(1) المادة (23) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998م وتعديلاته.

(2) المادة (19) من قانون العاملين المدنيين المصري رقم (47) لسنة 1987. لمزيد من التفاصيل راجع السناري، مبادئ ونظريات القانون الإداري (ص220).

وذلك وفقاً للقواعد التي يحددها هذا القرار، كما يجوز أن يعين في هذه الوظائف أزواج الفئات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أو أحد أولادهم أو أحد أخواتهم القائمين بإعالتهم وذلك في حالة عجزهم عجزاً تاماً أو وفاتهم إذا توافرت فيهم شروط شغل هذه الوظائف، وكذلك الأمر بالنسبة لأسر الشهداء والمفقودين في العمليات الحربية وأسرة شهداء العمليات الأمنية⁽¹⁾.

ثانياً: الاختيار الحر

تتبع بعض الدول في أنظمتها سياسة الاختيار الحر للموظفين العاملين دون الخضوع للاختبارات، كالمسابقات أو أي سبيل آخر لتقلد الوظائف العامة، إذ يخضعون في ذلك فقط لإدارة الإدارة المطلقة بدون قيد أو ضابط⁽²⁾.

حيث ساد هذا السبيل في معظم الدول في الماضي؛ إلا أنها هجرته إلا في بعض الوظائف ذات الطابع السياسي، إذ لا يزال اختيار الموظفين يتم عن طريق الحرية المطلقة للإدارة في الاختيار نظراً لاعتبارات الثقة القائمة بين الإدارة وفئة من الأفراد من الجانب السياسي، ومن تلك الوظائف: السفراء والمحافظون ورؤساء الهيئات العامة⁽³⁾، إذ يفترض فيمن سيعين بتلك الوظائف عدم معارضته سياسة الحكومة القائمة، حتى لا يعرقل عملها، ويحد من نجاحها⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من عدم ديمقراطية ونزاهته هذا السبيل لتقلد الوظائف العامة والذي يؤدي غالباً إلى سوء الاختيار والنزول بالمستوى الوظيفي وانتشار الرشوة والفساد في الأجهزة الإدارية العامة⁽⁵⁾.

إلا أن المشرع الفلسطيني تبني هذا السبيل لتقلد بعض الوظائف العامة، فقد نص قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على أن: "يعين رئيس دائرة الرقابة المالية

(1) المادة (14) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.

(2) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص180).

(3) السناري، مبادئ ونظريات القانون الإداري (ص217).

(4) الشريف، مبدأ الحياد الوظيفي (ص89). حاتم، القانون الإداري (ص218). غانم، الوسيط في القانون

الإداري (ص453).

(5) الجرف، القانون الإداري (ص662).

والإدارية بقرار من رئيس السلطة الوطنية، ومصادقة المجلس التشريعي⁽¹⁾، هذا وقد نص ذات القانون على:

1- "يعين الوكلاء والمديرون العامون من موظفي الفئة الأولى أو ما يعادلها من خارج الدوائر الحكومية، بقرار من رئيس السلطة الوطنية، وبناء على تنسيب من مجلس الوزراء.

2- يعين موظفو الفئة الأولى بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب رئيس الدائرة الحكومية المختصة"⁽²⁾.

وباستقراء النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني رغم أنه قد تبنى هذا السبيل لتقلد بعض الوظائف العامة في الدولة؛ إلا أنه قد أغفل كلياً وضع ضوابط للاختيار؛ منعاً للمحسوبية والواسطة والفساد الإداري، تاركاً الأمر للإدارة وحدها لتحديد المعايير والمقومات التي يستند عليها الاختيار دون أن يكون للقضاء سلطة التعقيب على قرارات الإدارة في الاختيار، وهو ما يضعنا أمام شخصيات لا نعلم عنها من قبل شيء تتقلد بعض الوظائف وفق سلطة الإدارة الحرة متى تعسفت في نطاق هذه السلطة الممنوحة لها قانوناً⁽³⁾.

لذلك نوصي المشرع الفلسطيني وحفاظاً على الوظيفة العامة ومقتضياتها إعادة تنظيم هذا السبيل أسوة بالتشريعات المقارنة، حيث قامت بعض نظم الدول بوضع تشريعات خاصة بالوظائف القيادية التي يتم التعيين فيها بالإدارة المطلقة للإدارة، ولكن وفقاً لضوابط محددة، ومن ذلك قانون الوظائف القيادية للعاملين بالدولة⁽⁴⁾، حيث حدد هذا القانون المقصود بالوظائف القيادية، ومدة شغلها، وتقويم نتائج أعمال شاغليها من قبل جهات مختصة⁽⁵⁾.

(1) المادة (16) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1988م.

(2) المادة (17) من ذات القانون السابق.

(3) بدران، الوظيفة العامة (ص110).

(4) كنعان، القانون الإداري (ص69-70). راجع في ذلك تفصيلاً قانون الوظائف القيادية للعاملين بالدولة المصري رقم (5) لسنة 1991.

(5) عمرية، التعيين في الوظيفة الحكومية (ص73).

الفصل الأول

نظرية الموظف الفعلي وأساسها القانوني

الفصل الأول

نظرية الموظف الفعلي وأساسها القانوني

تسير المرافق العامة في الدولة من خلال الإدارة العامة التنفيذية، وزراعتها المتجسد في الموظفين العموميين، ممن توافرت فيهم شروط تقلد الوظيفة العامة، وصدر قرار بتعيينهم من المرجع المختص قانوناً.

لكن المواءمة بين سير المرافق العامة، والمصلحة العامة من جانب، والواقع من جانب آخر، وما يفرضه في كثير من الأحيان، من تولي عدد من الأفراد للوظائف العامة دون سند قانوني يمنحهم ممارسته الوظيفة العامة وفق الأصول القانونية المرعية والواجبة.

جاء القضاء الفرنسي بنظرية الموظف الفعلي تحقيقاً لتلك المواءمة بالحفاظ على الصالح العام وحسن سير المرافق العامة وضمان تحقيق أهدافها، في ظل الظروف العادية، والاستثنائية خاصة.

وعليه سيتناول الباحث هذه النظرية القضائية في هذا الفصل في محورين أساسيين مستقلين على النحو التالي:

المبحث الأول

مفهوم ونشأة نظرية الموظف الفعلي

تفرض بعض الظروف في ظل الظروف العادية لاسيما الوضع الظاهر تولي بعض الأشخاص للوظيفة العامة دون وجود سند قانوني لذلك، لاسيما صدور قرار بالتعيين من المرجع المختص، أو نقص في الإجراءات⁽¹⁾.

وقد تفرض الظروف الاستثنائية في كثير من الأحيان سيما في ظل الكوارث والحروب فراغ الوظائف العامة من القائمين عليها، مما يحل مكانهم أشخاص آخرون لتسيير المرافق العامة وتحقيقاً المصلحة العامة⁽²⁾.

الأمر الذي فرض على الفقه والقضاء في معظم النظم المقارنة كفرنسا ومصر والأردن وفلسطين أمام ضرورة الاعتراف بصحة تصرفات هذه الفئة من الموظفين الذين يتميزون عن غيرهم مفهوماً ووجوداً.

وعليه سيتناول الباحث في هذا المبحث محورين أساسيين وسيكون كلٌ منها في مطلب مستقل لبيان مفهوم نظرية الموظف الفعلي ونشأته:

(1) الصرايرة، القانون الإداري (ص337).

(2) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص3).

المطلب الأول

مفهوم الموظف الفعلي

قد يختلط مفهوم الموظف الفعلي مع بعض المصطلحات الأخرى عنها التي منها ما يتقارب معه في بعض الجوانب وتتباين في البعض الآخر، وعليه سيتناول الباحث في هذا المطلب محورين أساسيين، وكل منهما في فرع مستقل لتحديد مفهوم الموظف الفعلي على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الموظف الفعلي

تناول الفقه نظرية الموظف الفعلي بالتأصيل، وبيان أحكامها لاسيما أن القضاء الإداري لم يتطرق إليها في أحكامه، ولم يوضح المبادئ القانونية التي يستسقي حلوله منها، إذ اكتفى فقط بتقديم الحلول المناسبة للمنازعات المعروضة عليه فقط.

الأمر الذي نتج عنه تعدد التعريفات الفقهية للموظف الفعلي⁽¹⁾، إلا أنها رغم تعددها تدور حول ذات المضمون.

فبالنظر إلى الفقه الفلسطيني لم يجد الباحث أن هناك اجتهاداً واحداً في تعريف الموظف الفعلي أو تنظيم أحكامه، خلافاً للنظم المقارنة.

حيث عرفه الفقيه الفرنسي Rousseau "بأنه كل من يقوم بعمل الموظف العام دون توافر السند الصحيح"⁽²⁾، ويعرفه الفقيه JEZE "كل شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصاتها، ويزال أعمالها سواء كان البطلان يعود لسبب بطلان التولية أم انتهاء أثره"⁽³⁾.

هذا وقد عرفه الفقيه CoulouGNoN "هو شخص يشغل الوظيفة دون تولية صحيحة في ظروف معينة، ويمارس اختصاص من يشغل الوظيفة العامة بطريقة صحيحة"، وأشار الفقيه DE Laubadere بأنه "شخص عين تعييناً معيباً، أو لم يصدر تعيينه أي قرار على الإطلاق. فهو شخص غير مختص، ومع ذلك فإن الأعمال الصادرة عنه تُعدّ مشروعة"، أما الفقيه Drago فقد ذهب إلى أنه "شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة، وذلك إذا كانت هناك

(1) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص182).

(2) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص182).

(3) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص76-77).

ظروف استثنائية تبرر تدخله في الوظيفة العامة. أو كانت المظاهر المحيطة من شأنها إيهام الغير بصحة توليه لها⁽¹⁾.

وبالوقوف على التعريفات السابقة يرى الباحث أن منها من اقتصر فقط على شرط افتقار صدور قرار بالتعيين من المرجع المختص، لقيام وجود الموظف الفعلي، ومنهم من أضاف انتهاء التولية، ومنهم من فصل فيه، مميزاً بين الظروف العادية والاستثنائية من حيث وجوده في تعريف الفقيه DRAGO.

وقد تعددت التعريفات الفقهية أيضاً للموظف الفعلي في ظل الفقه المصري، فقد ذهب بعضهم إلى أن الموظف الفعلي أو الواقعي "هو ذاك الشخص الذي عين تعييناً معيماً، أو لم يصدر في تعيينه قرار إطلاقاً، وبالرغم من أن الأصل العام يقتضي بطلان الأعمال التي تصدر منه لصدورها عن غير مختص أو من مغتصب، فإن القضاء قد أعلن سلامة تلك الأعمال وصحتها في بعض الحالات"⁽²⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد اشتمل على بعض صور الموظف الفعلي من جانب، إلا أنه قد اشتمل موضحاً أثر الأعمال الصادرة عن الموظف الفعلي دون تحديد نطاق صحتها. ومنهم من ذهب معرّفاً الموظف الفعلي بأنه هو "العامل الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند إطلاقاً والذي تعتبر تصرفاته مع ذلك مشروعة على الرغم من كونه غير مختص بمباشرة تلك التصرفات"⁽³⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد نطاق مشروعية الأعمال الصادرة عن الموظف الفعلي وصحتها دون التمييز بين حالة الظروف العادية والاستثنائية.

وهناك تعرف آخر في هذا السياق معرّفاً الموظف العام بأنه "ذلك الشخص الذي يعترف القضاء في بعض الظروف بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة، رغم أنه لم يعينه تعييناً صحيحاً لا يزال ساري المفعول في الوظيفة التي مارس اختصاصاتها"⁽⁴⁾.

(1) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص184).

(2) الطماوي، مبادئ القانون الإداري (ص161).

(3) بدوي، القانون الإداري (ص56).

(4) الحلو، القانون الإداري (ص386).

وبلاحظ على هذا التعريف أنه جاء أكثر تحديداً للموظف الفعلي، لاسيما أنه أشار إلى عدم إطلاق صحة تصرفاته عموماً، واقتصر صحتها فقط في بعض الأحوال، وفي نطاق معين.

وعرفه آخرون بأنه "الشخص الذي لا اختصاص له بصفة عامة في إتخاذ إجراء إداري معين، إما لعدم صدور قرار بتقليده الوظيفة الإدارية، أو لصدور قرار معين بتعيينه فيها"⁽¹⁾.

وبلاحظ على هذا التعريف أنه قصر صفة الموظف الفعلي على الموظف الإداري فقط دون سواه، وهو أمر يخالف الواقع، حيث تتعدد الوظائف، منها ما يتعلق بالإدارة ومنها بالصحة، وأخرى بالتعليم فهو بذلك ليس مقتصرًا على الوظائف الإدارية فقط.

وأشار البعض الآخر إلى أنه "الشخص الذي يشغل الوظيفة دون توافر الصفة اللازمة لبطلان تعيينه، أو انتهاء أثره، أو لعدم وجوده من الأصل، وذلك في ظروف معينة تستوجب إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة منه، واعتباره كما لو كانت صادرة من الموظف العام، وتتمثل تلك الظروف في توافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية"⁽²⁾.

ويرى آخرون بأنه "شخص تدخل في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة خلافاً للقانون، سواء صدر بتعيينه قرار خاطئ، أو بعيب، أو لم صدر بتعيينه قرار إطلاقاً، والأصل أن الأعمال والتصرفات الصادرة تعد باطلة، ولا يعتد بها لصدورها عن غير مختص، إلا أن القضاء يقرر صحة بعض هذه الأعمال والتصرفات إذا توافرت ظروف معينة، والتي تتمثل في توافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية، حماية للجمهور وحسن النية، وضماناً للثقة المشروعة في تصرفات الإدارة"⁽³⁾.

ويعرفه الفقيه الأردني بأنه "الشخص الذي صدر تعيينه بقرار خاطئ، أو معيب، أو لم يصدر تعيينه قرار إطلاقاً"⁽⁴⁾.

(1) الشاعر، التدرج البطلان في القرارات الإدارية (ص364).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص97).

(3) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص186).

(4) كنعان، القانون الإداري (ص32).

وآخرون من الفقه الأردني يعرفه بأنه "الموظف الذي يشغل في ظروف معينة وظيفة، ويمارس صلاحياتها، ويتخذ القرارات التي تخوله إياها هذه الوظيفة عقب تأهيل غير مشروع"⁽¹⁾.

ويلاحظ على كل من التعريفين السابقين عدم بيان أثر تصرفات الموظف الفعلي، ولم توضح حالات وجوده تفصيلاً.

وجاء البعض الآخر بأنه "هو الشخص الذي يقوم بمباشرة أعمال الوظيفة العامة دون أن تتوافر فيه شروط شغلها، أو لم يصدر قرار من الجهات المختصة بتعيينه فيها"⁽²⁾.

ويرى الباحث في ظل تعدد التعريفات الفقهية في النظم المقارنة، وخلو الفقه الفلسطيني من تعريف للموظف الفعلي، أن جل هذه التعريفات تقوم باتفاق على ضرورة توافر شرطين لقيام نظرية الموظف الفعلي يتجسدان:

1- تخلف السند القانوني في الشخص لاكتساب الصفة القانونية لشغل الوظيفة العامة.

2- قيام ظروف خاصة تضيف الشرعية على تصرفات الموظف الفعلي وتبررها.

وعليه يعرفه الباحث بأنه "كل شخص باشر الوظيفة العامة دون سند قانوني يبرر وجوده وممارس نشاطه الوظيفي في تلك الوظيفة في ظل ضرورة معينة تبرر صحة تصرفاته الغير حسن النية.

الفرع الثاني: تمايز الموظف الفعلي عن غيره من مصطلحات مشابهة

قد تتداخل بعض المصطلحات القانونية مع مضمون الموظف الفعلي في بعض الجوانب، وقد تتباعد في البعض الآخر، مما يترتب عليه اختلاف بين الآثار، ولتحديد ذلك سيتناول الباحث هذا الفرع على التفصيل التالي:

أولاً: الموظف الفعلي والموظف العام "القانوني"

إن تولي الوظائف العامة وتقلدها يمر في مراحل وإجراءات متتابعة، لا يجوز تجاوزها؛ وإلا اعتبر التعيين معيباً أو باطلاً، ومنه فقدان سند الموظف العام قانوناً⁽³⁾.

(1) شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني (ص179).

(2) القاضي، الأمام المارودي رائد القانون العام (ص291-292).

(3) أبو زيد، المرجع في القانون الإداري (ص598).

إذ قد يتقald بعض الأفراد الوظائف العامة في ظل بعض الظروف دون اتباع الإجراءات القانونية اللازمة، ومراعاة الشروط المتطلبة توافرها لذلك. وذلك بانعدام وجود التأهيل القانوني، أو السند القانوني، أو عدم كماله، فمما يخلق سند الموظف الفعلي⁽¹⁾ متى توافرت شروط وجوده قانونياً⁽²⁾.

وذلك خلافاً للموظف العام الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو السلطات العامة بالطريق المباشر بناء على تعيين يصادف قبولاً لدى الموظف⁽³⁾.

وبناء على ذلك، فإن القاسم المشترك بين الموظف الفعلي والقانوني، هو وجود تأهيل في شغل الوظيفة العامة، إلا أن الاختلاف يكمن في عدم مشروعية التأهيل في حالة الموظف الفعلي⁽⁴⁾.

حيث تكمن عدم مشروعية التأهيل للموظف الفعلي في الوظيفة العامة بوجوده منذ البداية، كأن يعين أو ينتخب أحد الأفراد خطأ؛ ليشغل إحدى الوظائف العامة، ومن ثمة يطعن بانتخابه أو قرار تعيينه، فيقضي ببطان التعيين أو الانتخاب غير المشروع، أو قد تكمن عدم مشروعية التأهيل بسبب بطلان تفويض أحد الرؤساء الإداريين أحد مرؤوسيه لمخالفته القانون.

وقد تكون عدم مشروعية التأهيل لاحقة للتعيين، أو إعلان الانتخابات، كحالة انتهاء خدمات الموظف العام بإحالته للتقاعد، أو لأي سبب آخر، أو انتهاء وجود المجالس بحالها أو انتهاء مدة التعيين، أو الانتخاب مع استمرار وجود الموظف فيها خلافاً للقانون⁽⁵⁾.

ويرى جيز "أن الشخص الذي عين تعييناً باطلاً في الظروف العادية، لا يعد موظفاً فعلياً إلا إذا كان قرار تعيينه الباطل معقولاً. بخلاف الشخص الذي يعين في الظروف الاستثنائية فليس من الضروري أن يكون قد عين تعييناً معقولاً دائماً، وبعد موظفاً فعلياً، ولو لم تتخذ إجراءات تعيينه"⁽⁶⁾.

(1) الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاءً (ص74).

(2) سوف يتم تناول شروط وجود الموظف الفعلي في المطلب الثاني من هذا المطلب.

(3) شحاتة، مبادئ القانون الإداري (ص456-457). لمزيد من التفاصيل راجع الفصل التمهيدي من هذه الدراسة.

(4) المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري (ص186).

(5) خطار، مبادئ القانون الإداري (ص274).

(6) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص184).

وعليه فإنه يمكن القول بأن الموظف الفعلي ليس موظفاً قانونياً، ولكنه يُعد كذلك من وجهة نظر فقهاء القانون الإداري لصحة التصرفات الناتجة عنه بالنسبة للغير⁽¹⁾.

وهو ما يؤيده الباحث وذلك لما يحققه من حسن سير المرافق العامة، وحماية الوضع الظاهر، شريطة تحقق شروط نظرية الموظف الفعلي قانوناً التي سيتناولها الباحث لاحقاً.

ثانياً: الموظف الفعلي ومنتحل الوظيفة العامة

يقصد بمنتحل الوظيفة العامة "الشخص الذي يشغل الوظيفة العامة، ويمارس مهامها دون أي تأهيل قانوني، حيث يدعي انتماءه للوظيفة العامة دون وجه حق"⁽²⁾. كمن يدعي أنه من رجال الأمن العام، أو الجيش، أو المخابرات، أو أي صفة أخرى، كأن يدعي أنه من جباه الضرائب، ومكلف من قبل الدولة في جمعها، ذلك في ظل الظروف العادية⁽³⁾.

ومن ثمة فإن منتحل الوظيفة العامة لا يعد فضولياً، فهو ليس تبرعاً بالخدمة التي أداها، وعليه لا يُعد موظفاً عمومياً مطلقاً، ولا تلزم الإدارة تصرفاته، ولا تكون تصرفاته اتجاه الأفراد المتعاملين مع الإدارة من خلاله قانونية، فهي في جملتها باطلة، ومنعقدة قانوناً⁽⁴⁾، ويتعرض منتحل الوظيفة العامة للعقوبات جزائية، تقررها القوانين الجنائية والجزائية في النظم المقارنة، لما اتخذ من مظاهر تقيم به صفة الموظف العام ظاهرياً خلافاً للقانون.

حيث نجد المشرع الفلسطيني قد تناول هذه الحالة القانونية بالتجريم والعقاب، بقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م كل من:

- أ- "تظاهر بأنه موظف قضائي دون أن يكون كذلك.
- ب- تظاهر بلا تفويض، بأنه موظف يملك صلاحية تحليف اليمين بصورة قانونية، أو التصديق على البيانات، أو التأكيدات "الاقارات" أو التصاريح المشفوعة باليمين أو القيام بأي عمل ذي صفة عامة لا يمكن أن يقوم به الآن كان مفوضاً بذلك بحكم القانون.

ت- تظاهر بمظهر من كان مفوضاً قانوناً بالتوقيع على مستند يشهد فيه على صحة محتويات أي سجل، أو قيد محفوظ بتفويض مشروع، أو على صحة أي واقعة، أو

(1) محفوظ، الموظفون والحكومة بين الخضوع والمواجهة (ص43).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص16، 26).

(3) الجرف، القانون الإداري (ص287).

(4) محفوظ، الوسيط في القانون الإداري (ص316).

حادثة ووقع ذلك المستند بصفته مفوضاً بتوقيعه دون أن يكون مفوضاً حقيقياً بذلك، وهو عالم بأنه ليس مفوضاً بذلك يعد أنه ارتكب جنحة⁽¹⁾.

وجاء في القانون ذاته بأنه كل من:

- "انتحل شخصية موظف في الخدمة العامة في مناسبة كان فيها ذلك الموظف مكلفاً بالقيام بفعل أو بالحضور إلى مكان بحكم وظيفته.
- تظاهر زوراً بأنه موظف في الخدمة العامة، وادعى بأن من حقه أن يقوم بأي فعل من الأفعال، أو أن يحضر إلى أي مكان من الأمكنة؛ لأجل القيام بأي فعل بحكم وظيفته بغير حق أنه ارتكب جنحة⁽²⁾.

وبالوقوف على النصوص السابقة يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني نظم انتحال الوظيفة العامة عموماً والوظيفة القضائية خاصة، وذلك باعتبار أن كل من تظاهر بشكل أو بآخر مستغلاً مظهر الموظف القضائي، أو الموظف العام عموماً، يعد منتحلاً للوظيفة العامة لاتخاذ مظهر الموظف العام، معتبراً إياه مرتكباً لجنحة وفق أحكام القانون.

وقد تناولها المشرع المصري بقانون العقوبات المصري رقم (8) لسنة 2011 "من تداخل في وظيفة من الوظائف العمومية المدنية كانت أم عسكرية من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة، أو أذن منها بذلك، أو أجرى عملاً من مقتضيات إحدى هذه الوظائف، يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً مصرياً"⁽³⁾.

كما نص ذات القانون على أنه "كل من لبس علانية كسوة رسمية بغير أن يكون جائزاً للرتبة التي تخول له ذلك، أو حمل علانية العلامة المميزة لعمل أو لوظيفة من غير حق، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً"⁽⁴⁾.

وكذلك بالوقوف على النص التشريعي الجزائي المصري في ذات الخصوص يرى الباحث أن المشرع الجزائي المصري تناول انتحال الوظيفة العامة وعدّها جنحة سواء كانت الجريمة تمس الوظائف الملكية أم العسكرية.

(1) المادة (14) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م.

(2) المادة (15) من ذات القانون السابق.

(3) المادة (155) من قانون العقوبات المصري رقم (8) لسنة 2011م.

(4) المادة (156) من ذات القانون السابق.

وقد عالجها المشرع الأردني في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 على أنه:

- "من أقدم علانية ودون حق على ارتداء كسوة رسمية، أو ارتداء ما هو مخصص لرتبة فوق رتبته، عوقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة.
- كل من تقلد علانية ودون حق وساماً، أو شارة، أو زياً، من أزياء، أو أوسمة أوشارات الدولة، يعاقب بغرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً.
- كل أردني تقلد علانية دون حق أو بغير إذن جلاله الملك وساماً أجنبياً، يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشر دنانير"⁽¹⁾.

ونص قانون العقوبات الأردني المؤقت رقم (33) لسنة 2002م على ما يلي:

- 1- "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من:
 - انتحل شخصية موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية في مناسبة كان فيها ذلك الموظف مكلفاً بالقيام بفعل، أو بالحضور إلى مكان بحكم وظيفته.
 - تظاهر دون وجه حق بأنه موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية وأدعى بأنه من حقه أن يقوم بأي فعل من الأفعال أو يحضر إلى مكان من الأمكنة لأجل القيام بأي فعل بحكم وظيفته.
 - 2- ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين إذا اقترف أياً من الأفعال المذكورة في الفقرتين السابقتين، وهو مرتدياً في أثناء العمل زياً أو شارة خاصة بالموظفين"⁽²⁾.
- وبناء على ما سبق يرى الباحث أن كلاً من المشرع الجزائري الفلسطيني والمصري والأردني قد تناولوا بالتجريم والعقاب جريمة انتحال الوظيفة العامة؛ إلا أن المشرع المصري والأردني جاء أكثر تفصيلاً في وسائل انتحال الوظيفة العامة.
- الأمر الذي يقتضي بيان سبل انتحال الوظائف العامة ووسائلها وصورها في ظل عدم جواز الاجتهاد والقياس في التجريم والعقاب من جانب، ومن جانب آخر حتى يوضع معيار فارق ومميز بين منتحل الوظيفة العامة، ومغتصب الوظيفة العامة من جانب آخر.
- حيث يرى الباحث أن الفارق المميز بين الموظف الفعلي، والمنتحل الوظيفة العامة، أن الأخير يستخدم ويستعين بوسائل ومظاهر الموظف العام الحقيقية من كسوة وشارات وغيرها حتى

⁽¹⁾ المادة (201) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م.

⁽²⁾ المادة (202) من قانون العقوبات الأردني المؤقت رقم (33) لسنة 2002م.

يظهر بمظهر الموظف العام، وهو يعلم بذلك بقصد مباشرة الوظيفة العامة أو باستغلالها، ومنه قيام جريمة انتحال الوظيفة العامة، خلافاً لصفة الموظف الفعلي التي تقوم وفقاً لما سبق ذكره بأكثر من مظهر، وما سوف يتم تفصيله لاحقاً في الفصل الثاني.

وعليه لا يعد منتحل الوظيفة العامة موظفاً عمومياً، ولا يخضع لحكم من أحكام الوظيفة العامة، ولا يستفيد من إحدى مزاياها، وإن أنفق شيئاً من ماله الخاص في إدارة المرافق العامة، جاز له مطالبة الإدارة بما أنفقه من مال على أساس الإثراء بلا سبب، على أساس نظرية الفضالة التي يرى البعض صلاحيتها لذلك⁽¹⁾، دون أن يسقط عنه العقوبات الجزائية نظراً لما أحدثه من إخلال بالنظام العام.

ثالثاً: الموظف الفعلي ومغتصب الوظيفة العامة

إن مغتصب الوظيفة العامة هو ذلك الشخص الذي يباشر مهام الوظيفة العامة في ظل انعدام وجود أي قرار أو سند قانوني مشروع أو غير مشروع بتعيينه فيها⁽²⁾.

ويرى الباحث هنا أن مغتصب الوظيفة العامة يدعي كمنتحل الوظيفة العامة انتماءه للوظيفة العامة دون وجه حق، ولكن مع اختلاف الوسيلة في ذلك.

حيث أجمع الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والأردن بأن مغتصب الوظيفة العامة يقوم وجوداً في إحدى حالتين هما⁽³⁾:

1- مباشرة شخص ما للوظيفة العامة دون توافر أي صفة أو سند قانوني يخوله ذلك⁽⁴⁾. ويشمل ذلك استمرار الموظف العام في ممارسة الوظيفة العامة رغم بطلان قرار التعيين أو توقف قرار التعيين أو إنعدام أثره⁽⁵⁾.

2- تجاوز قواعد الاختصاص الجسيم. اغتصاب الوظيفة العامة، بأن يعتدي موظف عام اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية، أو ممارسة سلطة التقدير التي يفترضها، أو

⁽¹⁾ DuezetDebeyre – Traite, de droit administrative, 1952, (p.742).

نقلاً عن د. شحاتة، مبادئ القانون الإداري (ص 469-470).

⁽²⁾ علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص 186).

⁽³⁾ البطوشي، نظرية الموظف الفعلي (ص 39).

⁽⁴⁾ أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص 185-186).

⁽⁵⁾ علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص 187).

غيابه ببعض الأعمال أو التصرفات التي تعد مخالفة جسيمة لقواعد الاختصاص⁽¹⁾، حيث إن ما يميز هذه الحالة وجود سند قانوني صحيح للموظف العام الذي خرج عن قواعد الاختصاص في ممارسته للوظيفة العامة خروجاً جسيماً⁽²⁾.

إذ اختلف الفقه والقضاء هنا في تحديد حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم التي تقوم في ظلها حالة اغتصاب الوظيفة العامة؛ إلا أن هناك حالات متفق عليها، وهي⁽³⁾:

أ. اعتداء السلطة الإدارية على اختصاص السلطة التشريعية:

وذلك بأن تصدر السلطة الإدارية قراراً يجعل صلاحية إصدار الدستور مقتصرًا على السلطة التشريعية، ومن ذلك نص المادة (88) من القانون الأساسي المعدل، والتي تنص على "فرض الضرائب العامة، والرسوم وتعديلها وإلغائها، لا يكون إلا بقانون ... " وعليه فإن أصدرت السلطة الإدارية قراراً تنظيمياً بخلاف ذلك فإنه يُعد قرارها غير مشروع ومنعدهم⁽⁴⁾.

وكان يصدر قرار عن السلطة الإدارية يقضي بتعديل قانون، أو المصادقة على معاهدة، أو قرض أو إحداث مؤسسة عامة، أو رفع الحصانة عن نائب برلماني، ومن ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية القاضي بالمبدأ التالي .. غصب سلطة المشرع يترتب عليه انعدام القرار لإصابة بغييب جسيم، وتأميم قرار إداري مالم ينص القانون على تأميمه قرار معدوم⁽⁵⁾.

وفي ذات المعنى قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن "انعدام القرار الإداري لا يكون إلا في أحواله غصب السلطة، كأن تباشر السلطة التنفيذية عملاً من اختصاص السلطة التشريعية مثلاً ... ⁽⁶⁾.

هذا واعتبرت المحكمة الإدارية بكليرمون-فران في فرنسا في حكم بتاريخ 24 أبريل 1990 قرار مجلس بلدي يخطر الطرد من الأماكن المستأجرة والجزء العقاري باطلاً وكان لم

(1) البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص39).

(2) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص330).

(3) غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص201).

(4) غانم، أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص350).

(5) الطعن رقم 1295 السنة القضائية (25) جلسة 1982/12/25.

(6) حكمها في القضية رقم 2796 لسنة 9 ق جلسة 1957/3/18. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشرة، (ص386).

يكن حيث قضت بأنه "بسبب جسامه أوجه عدم المشروعية والتي تشوبه والتي ناشتته من المساس سواء على اختصاص المشرع أو على القوة التنفيذية لأحكام القضاء"⁽¹⁾.

هذا وقضت محكمة العدل العليا في فلسطين أن "قرار الديوان المتعلق بتبديل وظيفة المستدعي لتصبح مستشاراً قانونياً أول براتب قاضي بداية هو قرار متقدم منعدم؛ لأن هذا القرار يتضمن اعتداء على اختصاصات مجلس الوزراء، والمجلس التشريعي، وخالف القانون مخالفة جسيمة ... وأصبح في حالة اغتصاب السلطة، والمجال الحي والحقيقي لفكره الانعدام"⁽²⁾.

ب. اعتداء السلطة الإدارية على اختصاص السلطة القضائية:

ذلك بأن تقوم السلطة الإدارية بإصدار قرار بشأن أمر من الأمور المحجوزة للسلطة القضائية بحكم الدستور أو القانون، كأن تصدر قرارات إدارية تحسم في النزاعات الحقوقية، أو الجزائية بين الأفراد، والتي يعود الاختصاص بشأنها للقضاء، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (11) من القانون الأساسي بأنه "لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد، أو منعه من التنقل؛ إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون... فإن صدر قرار ما بهذا الخصوص من السلطة الإدارية يُعد اغتصاباً للوظيفة العامة"⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن جسامه اعتداء الجهة الإدارية على اختصاص قاضي الانتخابات يشكل قراراً منعدمًا"⁽⁴⁾.

وفي ذات السياق قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه إذا أصدر السيد محافظ الشرقية القرار المطعون فيه ... فإنه يكون قد تجاوز حدود اختصاصه، واعتدى على اختصاص المحكمة التأديبية اعتداءً جسيماً، ينحدر بالقرار المطعون فيه إلى حد اغتصاب

⁽¹⁾Pre'fet de la region Auvergne c. commune du cendre, Rec 509.

نقلًا عن غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص351).

⁽²⁾ قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2004/130 جلسة 2006/5/30 مجموعة ناظم عويضة، مرجع سابق (ص36).

⁽³⁾ غانم، الوسيط في القانون الإداري (ص203).

⁽⁴⁾GE ASS. 31 Mai 1957, rosan Girard, Rec, 355, Concl. Gazier, (AJ 1957. II. 273, chr Fournier et Braibant, D. 1958. 152, note P. w1.

مشار إليه غانم، أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص352).

السلطة، ويحيله إلى قرار معدوم الأثر قانوناً، مما يتعين معه إزالته باعتباره مجرد عقبة مادية...⁽¹⁾.

وقررت محكمة العدل الفلسطينية بأن "القرار الصادر من محافظ طولكرم يشكل اعتداء على السلطة القضائية، ذلك أن المحاكم الحقوقية هي صاحبة الولاية والسلابية بتجديد الحقوق، وليس المحافظ، وهذا القرار يعد اغتصاباً للسلطة، وفي هذه الحالة فإنه يصبح متعدياً، لا يرتب حقوقاً أو التزامات لأنه في حكم العدم"⁽²⁾.

كما قضت محكمة العدل العليا بـرام الله "وعن أسباب الطعن نجد بأن المستدعي ضده الأولى محافظ قلقيلية قد أصدر قراره الشفوي المتضمن إلزام المستدعي بإخلاء وتسليم مفاتيح العقار، وتوقيف المستدعي بالسجن لإجباره على تنفيذ القرار الصادر عنه، ولما كانت المحاكم الحقوقية هي صاحبة الولاية والسلابية بتحديد الحقوق، وليس المحافظ، فإنه على سند ذلك نجد أن القرار الإداري الشفوي الصادر عن المحافظ يشكل اعتداء على اختصاص السلطة القضائية، وهو من قبيل اغتصاب السلطة وفي هذه الحالة يُعد القرار الإداري معدوماً"⁽³⁾.

وفي حكم آخر قضت بأن القانون "لا يجيز لأي جهة إدارية أن تتدخل لتجعل من نفسها محكمة البت في النزاعات الحقوقية بين الأفراد، والأمر الذي يعد تعدياً على اختصاصات الجهاز القضائي، وهو قرار يتوجب إلغاؤه"⁽⁴⁾.

ت. صدور القرار الإداري من شخص عادي لا علاقة له بالوظيفة العامة مع مراعاة نظرية الموظف الفعلي⁽⁵⁾، وفقاً لما سوف يتم تناوله لاحقاً في الفصل الثاني.

(1) القضية رقم (744) لسنة 12 ق، جلسة 1970/12/19.

(2) قرارها رقم 2004/39 جلسة 2005/10/29، قرارها رقم 2004/11 جلسة 2005/9/27 وفي ذات المضمون قرارها رقم 2007/98 جلسة 2008/10/29 رام الله. أبو سميذانة، موسوعة القضاء الإداري (ص192).

(3) قرار محكمة العدل العليا بـرام الله، أحمد نزال ضد محافظ قلقيلية بتاريخ 2003/6/11، وتكرر نفسه الموقف في القرار 2003/13 بتاريخ 2004/5/18 حيث نصت بانعدام قرار المحافظة - المبادئ . أبو سميذانة، موسوعة القضاء الإداري (ص135).

(4) قرار محكمة العدل العليا بـرام الله، رقم 98/5 بتاريخ 2000/7/1 غير منشور.

(5) عمرو، مبادئ القانون الإداري (ص32).

ث. صدور القرار الإداري من موظف ليس له سلطة إصدار القرارات الإدارية، مثل: الكتبة والموظفين الفنيين، والأذنة وغيرهم من موظفين لا يملكون سلطة إصدار القرار الإداري⁽¹⁾.

ج. اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى، ليس بينهما علاقة، ويرجع ذلك لاغتصاب سلطة التقرير كأن يصدر قرار من وزير الصحة بتعيين موظف في وزارة الأوقاف⁽²⁾.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا بأن "سلطة النقد لا تملك الحق بإتيان أو إقالة رئيس مجلس الإدارة لأي بنك، وممارستها لهذا الاختصاص يخالف القانون؛ لأن صلاحية الإقالة تكون للهيئة العامة بناء على اقتراح المجلس وفقاً لنص المادة (142) من قانون رقم (12) لسنة 1964 والخاص بالشركات، وبالتالي فإن عيب عدم الاختصاص يرد على القرار المطعون فيه ويتوجب إلغاؤه⁽³⁾.

وبالوقوف على الأحكام السابقة يرى الباحث أن حالات اغتصاب الوظيفة العامة يمكن أن تكون أكثر وضوحاً في كل من اعتداء السلطة التنفيذية "الإدارية" على اختصاصات السلطة التشريعية والقضائية، ومنه كذلك ممارسة الوظيفة العامة ممن لا صفة له قانوناً ممارسة الوظائف العامة والذي قد يكون في حد ذاته منتحلاً للوظيفة العامة، وقد يكون مغتصباً لها مع اختلاف الأحوال والظروف إلا أن ذلك لا يحول دون وجود حالات اغتصاب السلطة داخل السلطة الإدارية كأن يتخذ مدير عام قرار من اختصاص مجلس الوزراء، أو اتخاذ رئيس قسم قرار من اختصاص مجلس الوزراء أو الوزير.

وإن تم تحديد مظاهر اغتصاب الوظيفة العامة؛ إلا أنه يجب بيان الفارق بين كل من الموظف الفعلي، ومغتصب الوظيفة العامة.

(1) الحلو، القانون الإداري (ص370).

(2) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص306).

(3) قرارها رقم 2001/11 جلسة 2005/10/3 رام الله، غير منشور مشار إليه أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري (ص193).

حيث يرى البعض أن الفارق بين كلٍّ منها هو انعدام السند القانوني لشغل الوظيفة العامة وتقلدها، مع علم الشخص مغتصب السلطة به "حسن النية" فبذلك يكون مغتصب السلطة شخصاً سيئاً النية سيهدف إلى تحقيق مصالح خاصة⁽¹⁾.

إلا أن هذا المعيار لم يلقَ قبولاً لدى الفقه الفرنسي والمصري، واعتبروا أن المعيار المميز هو اعتقاد الغير بصحة تقلد الموظف الوظيفية العامة من عدمه، أي التعامل مع الموظف العام، وليس الموظف ذاته و"حسن النية". الأمر الذي يقضي أن يكون شغل الموظف للوظيفة العامة بطريقة معقولة من شأنها استبعاد أي شك حول شرعية شغله لها، وعليه إذا قام أحد الأفراد بممارسة الوظيفة العامة دون أي تقلد أو سند توليها لها أو قام شغلها استناداً على سند باطل ليس من شأنه إيهام الغير لصحتها من مغتصبها، أما إذ توافر التقلد المعقول للوظيفة العامة الذي من شأنه إيقاع الغير في الغلط بشأن صفة من يتولى الوظيفة من الشخص موظفاً فعلياً⁽²⁾.

وعليه فإن الفارق المميز بين الموظف الفعلي، ومغتصب الوظيفة العامة هو التقلد المعقول للوظيفة العامة "الظروف التي تحيط بكل منها" ومن ذلك إن قيام المجلس البلدي بانتخاب عمدة سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية، فإن ذلك العمدة يُعد موظفاً فعلياً لتوافر الشغل المعقول للوظيفة "أما إذا قام المجلس البلدي بانتخاب طفل يبلغ من العمر عشر سنوات لمنصب العمدة، فإننا نكون أمام إحدى حالات اغتصاب السلطة لعدم توافر التقلد المعقول للوظيفة العامة⁽³⁾.

إلا أنه يمكن لمغتصب الوظيفة العامة أن يتحول إلى موظف فعلي، وذلك في حال استمر في شغل الوظيفة العامة مدة من الزمن دون اعتراض سواء من جانب الإدارة أو الأفراد، الأمر الذي يجعله بأخذ حكم الموظف الفعلي⁽⁴⁾.

(1) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (188).

(2) نقلاً عن علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص191). (G. Jeze, op. cit, (p288).

(3) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص191).

(4) تنطبق هذه الصورة على الحالة الفلسطينية الداخلية بعد الإنقسام الفلسطيني 2007 الذي أوجد حكومة حماس في قطاع غزة، والتي تولت الوظائف العامة بعد السيطرة الفعلية على القطاع، واستمرار التعامل مع هذه الحكومة في ظل عدم السيطرة الكاملة على السلطة، إلا أن التعامل بقي مستمراً معها، ومنه اتخذت جميع موظفيها صفة الموظف الفعلي حماية للغير المتعامل معها.

وعليه يرى الباحث أن الفارق بين الموظف الفعلي ومغتصب الوظيفة العامة من جانب الأفراد هو النقل الظاهر للوظيفة العامة الذي يوهم الغير المتعامل مع الإدارة بصحة تقليديهم الوظيفة العامة، ومنه الوجود القانوني الموهوم، فإن كان ظاهراً للعموم ذلك، عد الموظف مغتصباً للوظيفة العامة.

هذا وتجد أن هناك فارقاً بين الحكومة الفعلية، والموظف الفعلي، حيث إن الحكومة الفعلية هي الحكومة التي ستولى على السلطة بصفة نهائية، لاختفاء الحكومة الشرعية، ودون أن يتقلدها؛ وفقاً للأوضاع الدستورية، وهي التي تجسد إحدى تطبيقات نظرية الموظف الفعلي، وذلك لأن توليه هذه الحكومة التي قد نتج بناء على ثورة أو انقلاب يتم على أسس دستورية وتشريعية جديدة، وليس على سند بين الدستور القائم، وعليه يسمى بالحكومة الواقعية "الفعلية" والتي تستمد وجودها وسلطتها من الواقع، ويُعد موظفوها موظفين قانونيين، وتعد التصرفات الصادرة عنهم سليمة قانوناً، وهو ما يتفق عليه الفقه الفرنسي والمصري.

الضماوي، القانون الإداري (ص392).

وذلك على خلاف عدم السيطرة الفعلية الكلية على البلاد تكون الحكومة القائمة مغتصبة للسلطة، وموظفوها كذلك في ذات الحكم القانوني.

المطلب الثاني

نشأة نظرية الموظف الفعلي

لم توجد نظرية الموظف الفعلي من العدم، ذلك لأنَّ لها ما يبرر وجودها قانوناً من الجانب القانوني، ويعزز وجودها بتوافر شروط قيامها الذي يرتبط بأصول تاريخية من حيث الوجود.

وعليه سيتناول الباحث في هذا المطلب نشأة نظرية الموظف الفعلي في فرعين مستقلين على النحو التالي:

الفرع الأول: الوجود التاريخي لنظرية الموظف الفعلي

ارتبط وجود نظرية الموظف الفعلي من حيث الوجود التاريخي بالمجتمعات الحديثة، ذلك في ظل اتساع وظائف الدولة ونشاط الإدارة العامة، وتدخلها في شتى مظاهر الحياة، خلافاً للمجتمعات القديمة التي لم يكن في ظلها وجود فعلي ومتصور بالشكل التي عليه في المجتمعات الحديثة⁽¹⁾.

إلا أن هذه النظرية رغم ذلك نجد أصولها في الشريعة الإسلامية منذ القدم، متمثلة في إمارة الاستيلاء التي تتم باستيلاء الشخص بالقوة على بلد قد تم بدون توليه من الخليفة، ومن ثم أجاز الخليفة تصرفات ذلك الشخص لاعتبارات تتعلق بحفظ القوانين وحراسة الأحكام الدينية، لأن عكس ذلك سوف يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة للأفراد⁽²⁾.

حيث عرفت إمارة الاستيلاء في التاريخ الإسلامي منذ النصف الثاني من القرن الثالث الهجري⁽³⁾، ذلك في ظل الدولة الإسلامية في العصر العباسي الثاني، وفي الفترات الأخيرة للدولة العباسية التي آلت إلى دول صغيرة كالدولة السلجوقية والحمدانية والبويهية⁽⁴⁾.

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص 81).

(2) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات (ص 380).

(3) بطيخ، أصول التنظيم الإداري في النظم الوظيفية والإسلامية (ص 381).

(4) البربار، نظرية الموظف الفعلي الليبي (ص 46).

ومن ذلك ما فعله الإمام علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - عندما استرد مدينة البصرة ممن كانوا قد استولوا عليها من منكري خلافته، إذ لم يطالب أهل البصرة بشيء مما جباه البيعة⁽¹⁾.

وقد أخذ القانون الروماني بهذه النظرية في حالات معينة تتعلق بالأعمال والتصرفات الصادرة من الأفراد دون توافر الصفة اللازمة لذلك، شريطة أن تدل المظاهر المحيطة بتلك الأعمال إلى اعتقاد الغير بأن من قام بهذه الأعمال هو موظف عام، وذلك حماية للغير حسن النية⁽²⁾.

ومن تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في ظل القانون الروماني ما عثر عليه في قانون (HADRIEN) والمتعلق بقضية العبد الذي ظهر بمظهر موثق مستندات، وقام بتوثيق إحدى الوصايا التي طعن بها الوارث الشرعي بالبطلان؛ لعدم توافر الصفة اللازمة لتوافرها في هذا الشخص، إلا أن القضاء الروماني لم يأخذ بالطعن، وعدّ الوصية مشروعة لصدورها من شخص يبدو أمام العامة كما لو كان حراً، طالما لم يرازعه أحد في هذه الصفة قبل اكتشاف أمره⁽³⁾.

وهناك واقعة أخرى تؤكد الأخذ بنظرية الموظف الفعلي في ظل الزمن الروماني أشار إليها الفقيه الروماني "Ulpian" والمتعلقة بعبد يدعى "PhilippsBobaria" الذي هرب من سيده واتخذ وصف الحر حتى وصل به الأمر إلى اختياره قاضياً إلى أن تم اكتشافه، وعاد إلى الرق مرة أخرى، الأمر الذي ثار معه جدل حول قيمة التصرفات الصادرة منه، إذ تم الاعتراف بصحة الأحكام القضائية الصادرة منه؛ نظراً لظهوره بمظهر القاضي أمام العامة، ومباشرة العمل القضائي دون أي شك في قانونية مركزه، الأمر الذي يضيف المشروعية على التصرفات الصادرة عنه، ومنه عد ذلك تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي⁽⁴⁾.

وقد وجدت هذه النظرية جذورها التاريخية كذلك في إنجلترا في النصف الأول من القرن الخامس عشر، تحديداً عام 1431م، عندما وجدت أول قضية مدونة في الكتاب السنوي التاسع الصادر في عهد الملك "هنري السادس" والتي تتلخص وقائعها بـ "تأمين تم دفعه بواسطة شخص لشخص آخر، يشغل منصب قسيس بشكل غير قانوني، وذلك في دير نونتين، إذ أنه وفق

(1) البهوتي، كشف القناع عن معنى الأقتناع (ص265).

(2) البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص25).

(3) Rbarbier, Lapparence. En droit civil et, en droit Fiscal. These. 1945, (P935).

نقلاً عن البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص26).

(4) البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص28).

القانون الدير ونظامه، يتم تولي منصب القسيس بالانتخاب، وقد تولى ذلك الشخص المنصب دون أن يحصل على الأصوات التي تؤهله لذلك، ومع ذلك تمكن من توليه وجعل الناس تعتقد صحة ذلك التولي (1).

وبعد فترة قام القسيس الجديد المنتخب بشكل قانوني تولي المنصب بدلاً من القسيس السابق، وقد تم توجيه الطعن الذي تم التقدم به للمحكمة إلى القسيس الجديد باعتبار أنه قد تولى المنصب بشكل غير قانوني، وذلك لكونه قام بدفع تأمين الانتخاب لقسيس ليست له سلطة قانونية في ممارسة مهام القسيس المسؤول عن الدير، والذي يدخل ضمن مسؤولياته استلام مبلغ التأمين للانتخاب الخاص بالدير (2).

إلا أن غالبية الفقه يرون أن أصل نظرية الموظف الفعلي من حيث الوجود التاريخي هي من مهد القضاء الفرنسي، ذلك لاعتبارهم أن القضاء الفرنسي متمثلاً بمجلس الدولة هو أساس وتكوين نظريات القانون الإداري (3).

وبالنظر إلى القضاء الفرنسي نجد أنه قد طبق هذه النظرية في أكثر من موضع، ومن أشهر القضايا التي طبقت بها هذه النظرية، والتي يعدها البعض أساس وجود وانطلاق لها، هي قضية (MontrAuGE) والتي فضل فيها القضاء الفرنسي عام 1883م، وتدور أحداثها حول أحد العمد الذي فوض مساعداً له في توثيق عقد الزواج، فقام الأخير بإبرام عدة عقود في دار العمدية مخالفاً لأحكام القانون، فقضت محكمة القسيس ببطلان ثلاثة عقود زواج أجراها المعاون، إلا أن محكمة النقض قضت بصحة تلك العقود (4).

وتبنى المشرع الفرنسي في السياق ذاته هذه النظرية في عدد من التشريعات الوطنية، وبعد ذلك القانون المتعلق بتصحيح تصرفات عمال حكومة ثورية، تولت الحكم في 19 يونيو سنة 1871م، ولم تتغلب بصورة مطلقة نهائية على الحكومة الشرعية القائمة، ورغم أنه قانوناً لا

(1) المقاطع، نظرية الموظف الفعلي دراسة في القضاء والفقه في النظام الأنجوسكوني (ص595).

(2) Albert Contaptineau (De Facto Doctrine) Institute of Adrance Legal Studies, New york, 1910, (p.a7).

نقلًا عن البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص30).

(3) الدوكالي، الأصول الإسلامية لنظرية الموظف الفعلي (ص10).

(4) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص199).

يُعدون موظفين فعليين، إلا أن القانون أسبغ الصفة الشرعية على تصرفاتهم ما دامت مرتبطة بسير المرفق العام⁽¹⁾.

وقد طبق القضاء الفرنسي هذه النظرية على أثر الغزو الألماني لفرنسا، وهروب السلطات الإدارية القائمة قانوناً، وحلول أشخاص آخرين محلهم، حيث عدّ القضاء التصرفات الصادرة عنهم قانونية، ومنتجة لآثارها ما دامت مرتبطة بحسن سير المرافق العامة، وغيرها من أحكام ووقائع⁽²⁾.

ومنها قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 28 جوان 1918 المتعلق بقضية السيد "هيرياس" والتي بموجبه صرح أنه في فترة الأزمات، كحالة الحرب في القضية الراهنة تكون للسلطة العامة صلاحيات استثنائية موسعة من أجل استمرارية سير المرافق العامة.

وعلى أثر ذلك قام الفقيه الفرنسي جيز "Jeze" باستخلاص هذه النظرية من أحكام القضاء الفرنسي، وتناولها بالشرح والتفصيل، وعليه نسب غالبية شراح القانون وفقهائه هذه النظرية إليه وأخذوها عنه⁽³⁾.

إلا أن الحقيقة تخالف ذلك واقعياً، ذلك أن الحقيقة التاريخية تؤكد أن الإسلام أسبق في معرفة هذه النظرية وإرساء قواعدها قبل أن يهتدي إليها فقهاء القانون الإداري الحديث؛ بل ومشروعه وقضاته، حيث تُعد الفقيه الإسلامي الماوردي رائد هذه النظرية، وأول من شرحها، وقد أكد ذلك بعض المستشرقين، ومنهم (روزنثال) حيث قال "إن الفضل يعود للماوردي في تأسيس نظرية الضرورة في المواقع السياسي، التي تبناها الغزالي عندما استخدم نفس النظرية لتبرير الاستيلاء على الإمارة، أو ما يعرف بالفكر الإسلامي "ولاية المتغلب" أو "الخلافة الناقصة"⁽⁴⁾، وهي ما تعرف بالفقه الحديث المعاصر بنظرية الموظف الفعلي.

ومنه فإن الأصل التاريخي في وجود هذه النظرية يعود للإسلام، وليس للقضاء الفرنسي ومنه الفقيه جيز الذي استقاها من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، ذلك لأن الثابت تاريخياً أن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يمارس صلاحياته بالفصل في المنازعات الإدارية سنة 1872،

(1) خيربي، الوجيز في القانون الإداري المغربي (ص218).

(2) حمود، الوجيز في القانون الإداري (ص205).

(3) الدوكالي، الأصول الإسلامية لنظرية الموظف الفعلي (ص17-18).

(4) السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (ص202)

وأن الفقه الإسلامي عرف هذه النظرية منذ زمن بعيد، قبل وجود فرنسا بما يقارب ألف سنة ويزيد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الوجود القانوني لنظرية الموظف الفعلي

يرتبط وجود نظرية الموظف الفعلي قانوناً بجملة من الأركان الواجب توافرها لترتيب آثارها القانونية التي سوف يتناولها الباحث في المبحث الثاني.

حيث تتجسد هذه الأركان القانونية في الركن المادي المتعلق بالمظاهر المادية الخارجية التي يمارس من خلالها الموظف الفعلي الأعمال الوظيفية للوظيفة العامة، والآخر الركن المعنوي المتعلق بحسن النية لدى الغير الذي ينخدع بالمظاهر المادية الخارجية، وبيان تفصيل ذلك.

أولاً: الركن المادي

اختلفت آراء الفقهاء وتباينت حول بيان المقصود بالركن المادي لنظرية الموظف الفعلي.

فذهب الفقه الفرنسي:

في جانب منه إلى القول بأن المقصود بالركن المادي لنظرية الموظف الفعلي هو حياة مركز الموظف العام القانوني بما تشتمله هذه الحياة من قيام الموظف الفعلي بالأعمال والمهام التي يقوم بها الموظف العام القانوني بالشكل المعتاد، من ممارسة عمله وارتداء الزي الرسمي حال وجوده، وحيازته لكل مستلزمات تلك الوظيفة من أوراق وأجهزة وأدوات وفق المجرى الطبيعي للوظيفة التي يتقلدها⁽²⁾.

وذهب جانب آخر إلى خلاف ذلك، عن طريق استبعاد فكرة حياة مركز الموظف العام للأسباب التالية:-

- 1- إن توافر الظاهر يقتضي الانتشار والشيوع والعلانية، وهو ما يتوافر بمجرد ممارسة الوظيفة العامة، خلافاً لما هو عليه الحال في القانون الخاص، إذ لا يكفي فيه الشيوع والعلانية؛ بل يستوجب التأكد والتثبت من صحة الظاهرة⁽³⁾.

(1) الدوكالي، الأصول الإسلامية لنظرية الموظف الفعلي (ص14-15).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص74).

(3) إن حياة فكرة المركز الظاهر أمر تتطلبه نظرية الظاهر في القانون الخاص لا العام، إذ تتوافر بمجرد الممارسة القضائية أو العرقية للوظيفة العامة لقيامها. خلافاً للوضع في نطاق القانون الخاص الذي يتطلب قدراً

2- إن طبيعية العلاقات الخاصة التي ينظمها القانون الخاص تستوجب في كثير من الأحيان التأكد من صحة بعض الوقائع، كسندات الوكالة أو الملكية وغير ذلك خلافاً للقانون العام، ومنه القانون الإداري وما يتعلق بالوظيفة العامة، فلا يشترط أن يتأكد المتعامل مع الإدارة من سند شغل الموظف العام للوظيفة العامة⁽¹⁾.

وعليه يرى الفقيه الفرنسي (Jeze) إن العبرة بتوافر الظاهر، والذي يكون بتوافر المظاهر المادية الكافية لتوليد الاعتقاد الخاطئ لدى غير المتعامل مع الإدارة، وللادارة ذاتها، بأن من يمارس الوظيفة العامة فعلياً هو موظف عام قانوني، وذلك بتوافر المظاهر المادية الدالة على ذلك خلافاً للحقيقة⁽²⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي (DE. Soto) أن توافر الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي يكون بتوافر المظاهر المادية الخارجية، وهي مسألة واقعية ترتبط وجوداً وعدمياً بكل واقعة على حدة، يقع أمر تقدير توافرها من عدمه على عاتق القضاء، وذلك بالارتباط بالظروف المحيطة بالواقعة سياسية كانت أم اجتماعية⁽³⁾.

ويرى جانب آخر منه أن قيام الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي يستوجب توافر أمرين⁽⁴⁾:

1- الوجود القانوني للوظيفة العامة أساساً.

2- ممارسة اختصاصات هذه الوظيفة.

من الحيطة، فمن يرغب بشراء عقارٍ ما عليه التأكد من أن الذي يشتري منه ذلك العقار هو المالك إذ لا يكتفي بالظاهر، وهو ما يسمع به القانون والمجرى الطبيعي للعلاقات التي ينظمها القانون الخاص، خلافاً للقانون العام وهو من غير المعقول أن يكلف كل متعامل مع الإدارة التأكد من صفة الموظف إذا ما كان موظفاً رسمياً قانونياً من عدمه، فيكفي ممارسة الشخص للوظيفة العامة في المكان المخصص لها لقيام الظاهر.

⁽¹⁾ البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص 47-48).

⁽²⁾ Jeze, les Principes généraux du droit administratif. Op. cit., (p299).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص 48).

⁽³⁾ العبرة بالظروف الواقعية التي أحاطت بممارسة الوظيفة العامة، وليس أوجه عدم المشروعية التي جعلت من المراكز الظاهرة مركزاً مخالفاً للقانون، فلا أهمية لذلك في قيام الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي.

د. صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني (ص 250).

⁽⁴⁾ E. Jouve, recherche sur La notion d. apparence en droit administratif français (p297).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص 49).

1) الوجود القانوني للوظيفة العامة أساساً:

يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة أن تكون الوظيفة العامة أساساً موجوداً قانوناً، وذلك بنص القانون عليها وتنظيمها، قبل البحث عن قيام وجود نظرية الموظف الفعلي بتوافر الظاهر أو ضرورة سير المرافق العامة في الظروف الاستثنائية المبررة لوجودها⁽¹⁾.

2) ممارسة اختصاص هذه الوظيفة:

لا يكفي توافر الوجود القانوني للوظيفة العامة لقيام الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي؛ بل لابد من أن يمارس الموظف الفعلي لاختصاصات تلك الوظيفة العامة كما لو مارسها الموظف العام القانوني، وذلك في ظل انعدام الصفة القانونية وتخلفها للموظف الفعلي⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث أن الفقه الفرنسي أوجب لقيام الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي توافر الظاهر المتجسد بالمظاهر المادية الخارجية التي تدفع الإدارة الغير إلى الوقوع باعتقاد أن المتعاملين معه هو موظف عام قانونياً، لكننا نؤيد وجوب توافر الوجود القانوني للوظيفة العامة أساساً، وذلك بأن يكون القانون قد نظمها فعلياً، وذلك إلى جانب وجوب ممارسة الموظف الفعلي لاختصاصات وصلاحيات تلك الوظيفة فعلياً؛ لإمكانية القول بقيام الظاهر، ومنه الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي.

وذهب الفقه المصري في جانب منه إلى أن الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي يفرض توافر مظاهر أو مظهر مادي يفيد إسناد الوظيفة العامة للموظف كمباشرته للوظيفة العامة في ظروف مألوفة لممارسة الوظيفة العامة. ذلك بممارستها في المكان المخصص لها. مستخدماً الأدوات والوسائل المتعلقة بها قانوناً⁽³⁾.

(1) البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص50).

(2) إن تخلف الصفة القانونية وانعدامها للموظف الفعلي يكون في أحد صور ثلاث:

- انعدام سند شغل الوظيفة العامة.

- بطلان سند شغل الوظيفة العامة.

- الاستمرار غير المشروع في الوظيفة العامة.

وهي من صور تطبيقات نظرية الموظف الفعلي التي سوف يتناولها الباحث لاحقاً في الفصل الثاني.

(3) جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص251).

ويرى جانب آخر من الفقه المصري أن توافر الظاهر يستوجب وجود قرائن ودلائل كافية، توحى بأن الموظف مختص، وإن تقلده للوظيفة العامة صحيحٌ وسليمٌ قانونياً⁽¹⁾.

وذهب البعض الآخر إلى ضرورة تناسب المظهر الخارجي الذي وجد فيه الموظف الفعلي، مع أهمية التصرف الذي باشره مع الغير، فإن كان من الأهمية بمكان، فإنه يفرض وجوب أن تكون تلك المظاهر الخارجية من الدرجة بمكان بأن توحى بحقيقة الموظف الفعلي كما لو كان موظفاً قانونياً حتى يعتد بجهل حقيقة الأمر، أما إن كان الوضع خلافًا لذلك، فلا يكون الغير جديراً بالحماية، وعليه لا يعتد بصفة الموظف الفعلي بمواجهته، ومنه عدم نفاذ آثار التصرفات التي قام بها الأخير⁽²⁾.

وفي ظل غياب رأي الفقه الأردني وكذلك الفلسطيني يرى الباحث أن كلاً من الفقه الفرنسي والمصري يتفق في وجوب توافر الظاهر "للمظاهر المادية الخارجية" لقيام الركن المادي ... إلا أن كلاً منهما قد أغفل قيام نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية فهي في ذاتها جملة من المظاهر المادية الخارجية التي قد يعلم بها الغير غالباً، وجملتها توجد في نطاقها نظرية الموظف الفعلي ويُعدُّ كلٌّ منها من أساس وجود نظرية الموظف الفعلي ومبرر من مبرراته.

ثانياً: الركن المعنوي

يقصد بالركن المعنوي لنظرية الموظف الفعلي حسن نية الغير المتعامل مع الموظف الفعلي، وذلك بجهله أو عدم علمه بإنشاء الصفة القانونية عن من يتقلد الوظيفة العامة ويباشرها. وذلك حماية لهذا الغير وفق توافر نظرية الموظف الفعلي⁽³⁾.

إذ يستوجب لقيام نظرية الموظف الفعلي توافر الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي، ذلك بتوافر حسن النية لدى الغير. المتعامل مع الإدارة.

ويقصد بالغير كل شخص أجنبي عن التصرف أو الواقعة التي أوجدت الظاهر، ذلك بآلاً يكون قد أسهم في خلق التصرف أو الواقعة المكونة للركن المادي للظاهر⁽⁴⁾.

(1) بدوي، القانون الإداري (ص56-57).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص251).

(3) الشاعر، تدرج البطان في القرارات الإدارية (ص370).

(4) خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق (ص127).

وعليه لا يكون الموظف الفعلي من الغير لخلق التصرف أو الواقعة المكونة للظاهر. وكذلك الإدارة ذاتها لعلمها بالأوضاع الظاهرة، وعدم اتخاذها أي إجراء في ذلك لإزالة الظاهر وإعادة الوضع إلى المجرى القانوني، وإما لعدم علمها به أساساً، إلا أن ذلك في جملة يشير بشكل أو بآخر عن مشاركتها واتصالها بخلق الأوضاع الظاهرة صراحة أم ضمناً⁽¹⁾. وفيه انعدام حسن النية لديها⁽²⁾ على أنه يشترط لحماية الغير، وفق نظرية الموظف الفعلي ألا يكون الغلط أو الجهل بانعدام صفة من شغل الوظيفة العامة أمر شائع، وإلا فقد الحماية القانونية التي من أجلها أوجدت نظرية الموظف الفعلي، ما لم يكن الغلط الشائع من شأنه إيقاع العامة بالجهل أو الغلط بانعدام حسنة من يشغل الوظيفة العامة، وعليه ترتب نظرية الموظف الفعلي أثارها في هذه الحالة قانوناً⁽³⁾.

وهو ما أكدته الفقه والقضاء المصري⁽⁴⁾ ويؤيده الباحث باشتراط توافر حسن النية لدى الغير، أو الغلط الشائع متى كان من شأنه أن يولد ذات الاعتقاد المتولد لدى الغير حسن النية لغلطه أو لجهله بانعدام صفة من شغل الوظيفة العامة، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي يعلم العامة بانعدام الصفة القانونية للموظف الذي يشغل الوظيفة العامة في الغالب، الأمر الذي يترتب عليه قيام الركن المعنوي لتوفير الحماية القانونية الغير حسن النية، ومنه صحة العمال التي قام بها، ومنه نفاذ الآثار المترتبة على أعمال نظرية الموظف الفعلي، والتي سيتناولها الباحث في المبحث الثاني لاحقاً.

(1) البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص53).

(2) يقصد بحسن النية هو الاعتقاد الخاطئ مع استبعاد الغش والخداع في ذلك، وذلك بإنتفاء العلم بعدم مشروعية من يشغل الوظيفة العامة، وذلك للجهل أو الغلط وهو أمر مفترض في الغير، ومن يدعي خلاف ذلك فعليه أن يقوم بإثبات سوء نية الغير.

عودة، سحب القرارات الإدارية (ص275). الجرف، القانون الإداري (ص64). الحلو، القانون الإداري (ص391).

(3)Voir: T. Rousseau, La nomination des agents public en droit 1981, Fracais these Paris, (p 116).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص58).

(4) الطماوي، القانون الإداري (ص391). الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية (ص371).

المبحث الثاني

الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي

تفرض القواعد العامة لسريان القرارات الإدارية ونفاذها صدورها من الموظف العام المختص قانوناً، وإلا كانت منعدمة ومجردة من أي قيمة قانونية كانت ذلك في حالات عدم الاختصاص الجسيم⁽¹⁾، إلا أن هذا التطبيق المجرد لهذه القواعد العامة يؤدي إلى انعدام وجود نظرية الموظف الفعلي، ومعه انعدام حماية غير المتعامل مع الإدارة "حسن النية"، وفي ذلك تعطيل لحسن سير المرافق العامة. بانتظام واطراد⁽²⁾ في ظل الظروف الاستثنائية خاصة.

لذلك كان لزاماً إعمال نظرية الموظف الفعلي قانوناً. كأصل؛ إلا أن هناك تبايناً حول بيان الأساس القانوني لهذه النظرية التي تختلف في ظل الظروف العادية عنها في ظل الظروف الاستثنائية ذلك لتجسدها خروجاً على عدم المشروعية كأصل.

وعليه سيتناول الباحث هذا المبحث في محورين مستقلين على النحو التالي:

(1) خطار، مبادئ القانون الإداري (ص281).

(2) الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (ص369).

المطلب الأول

الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

يسود في ظل الظروف العادية والمجرى الطبيعي للأمور لاسيما في نطاق التعامل مع الإدارة تعامل العديد من الأشخاص يومياً معها، ومنه خلق مراكز قانونية جديدة مختلفة، ذلك بالاتصال المباشر معها.

وذلك يفرض أن المتعامل مع الإدارة العامة يتعامل ويتواصل مع موظف عام قانوني، إلا أنه في أحوال متعددة يكون ذلك الأخير فاقداً للصفة القانونية أساساً، إذ قد يكون موظفاً فعلياً دون علم الأشخاص المتعاملين مع الإدارة بذلك، وعلى الرغم من ذلك تسرى التصرفات المبرمة في مواجهتهم كما لو صدرت من موظف عام مختص.

لذلك كان لزاماً بيان الأساس القانوني الذي يبرر وجود هذه النظرية، في ظل الظروف العادية. إذ تعددت الآراء حول ذلك، فذهب جانب إلى القول بأن أساس هذه النظرية موجود في النصوص التشريعية، وذهب البعض الآخر إلى فكرة الغلط الشائع كأساس لنظرية الموظف الفعلي، وذهب آخرون إلى البحث عن أساس هذه النظرية في الأسس الفلسفية والاجتماعية، بينما ذهب آخرون إلى فكرة المسؤولية كأساس لنظرية الموظف الفعلي، وذهب غالبية الفقه إلى الاتجاه إلى فكرة الظاهر المعقول كأساس لنظرية الموظف الفعلي، بالارتباط بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب على التفصيل التالي:

الفرع الأول: الأساس التشريعي

لم يتناول المشرع الفلسطيني نظرية الموظف الفعلي، وعليه ينعدم وجود الأخذ بفكرة الأساس التشريعي كأحد الأسس التي قيلت في نطاق الأساس القانوني للموظف الفعلي، حيث ربط بعض الفقه والقضاء الفرنسي نظرية الموظف الفعلي بالنصوص التشريعية للقدسية التي كانت تحيط بالنصوص التشريعية في بدايات القرن التاسع عشر، إذ استند الفقه في ذلك إلى صدره من مجلس الدولة الفرنسي في 2 يوليو 1807، تتلخص في قيام سكرتير العمديات بإصدار بعض الشهادات، والأوراق الرسمية دون توافر الصفة اللازمة بهم، مما يستوجب بطلان تلك المستندات لصدورها من هم ليسوا ذي صفة في إصدارها قانوناً.

(1) علي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص312).

وعند عرض الموضوع على مجلس الدولة أفتى بصفة تلك الأوراق استناداً إلى فكرة الظاهر، إذ جاء بتلك الفتوى "أنه في جميع الأزمان ... الغلط الشائع وحسن النية يكفيان لتغطية المخالفات التي تقع في التصرفات وفي الأحكام، والتي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تفاديتها"⁽¹⁾.

وقد احتلت هذه الفتوى التي تناولت بيان نظرية الموظف الفعلي، أهمية كبيرة ومكانة سامية في مختلف فروع القانون، فقد ذهب جانب من الفقه إلى هذه الفتوى بتطبيق الظاهر كنظرية عامة، ومنه ترتيب مختلف الآثار عليها⁽²⁾، لأنه يعدها قانوناً بمعنى الكلمة، وذلك لما تتمتع به فتاوى مجلس الدولة من قوة تشريعية⁽³⁾.

إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى البعض الآخر من الفقه سواء الفرنسي⁽⁴⁾ أم المصري، ذلك لأن هذه الفتوى صدرت في حالة معينة تتعلق بصفة الأوراق الرسمية التي اشترك في إعدادها سكرتيراً العمديات الذين لم تتوافر لهما الصفة اللازمة للقيام بذلك، ولذلك فلا يجوز تعميم هذه القاعدة لتشمل حالات أخرى. هذا بالإضافة إلى أن الاعتراف لفتاوى مجلس الدولة بقوة القانون، فإنه يقتصر فقط على منطوق الفتوى دون أسبابها⁽⁵⁾.

لذلك يرى الباحث مما سبق أن فكرة الأساس التشريعي لم تجد قبولاً لدى غالبية الفقه⁽⁶⁾، ويرى جانباً من الفقه المصري رفض أي توجه لإيجاد أساس قانوني لنظرية الموظف الفعلي الظاهر، كونها أصبحت من المسلمات التي لا تحتاج إلى أساس قانوني لها، فهي كافية نفسها بنفسها⁽⁷⁾.

⁽¹⁾C. E., 2, Juillet 1807. AUBY. La the'erie de, inexistence des aetes administrative, these paris 1947. (p337). (ص317).

⁽²⁾H. Mazeaud, La maxime error comunisFacit jus, Rev. Trim, Dr. Civ., 1924. (p934).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص65)،

⁽³⁾Valabregue, de la maxime error Communisfacil Jus" Rev critique. 188, (p30).

مشار إليه علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، (ص314).

⁽⁴⁾R.M. Dekogue, obligations etcontratsspeciaux. Rev. Trim. Dr. civ., 1908. (p127).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي (ص66).

⁽⁵⁾ جمعي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص529).

⁽⁶⁾ علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص316).

⁽⁷⁾ بطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص67).

الفرع الثاني: مبدأ الغلط الشائع يولد الحق

يتجسد هذا المبدأ بتوافر الغلط العام الذي يقع فيه العامة أو الأغلبية، يظهر لهم الأمر على خلاف ما هو عليه.

ويقصد بالغلط الشائع في نطاق الدراسة هو الغلط الذي يولد اعتقاد مخالف لحقيقة الظاهر، إذ لا ينسب لشخص الغير فقط، إنما ينسب لغالبية المحيطين بالموظف الفعلي⁽¹⁾، فإذا توافر الغلط الشائع بهذا المعنى كان من الواجب حماية النتائج المترتبة عليه⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي في هذا السياق أن القانون يقوم على الاعتقاد الجماعي، وما الغلط الشائع إلا اعتقاد جماعي، فهو بذلك ليس مبرراً للخروج على القواعد العامة بدافع العدالة، إنما هو المصدر الحقيقي للقانون، وهو مصدر يكفي بذاته لإنشاء الحقوق ونقلها⁽³⁾.

وقد تعرضت فكرة الغلط الشائع يولد الحق كأساس لنظرية الموظف الفعلي للانتقاد من جانب بعض الفقه المصري، حيث يرى البعض أن هذا المبدأ لا يمكن أن يشكل أساساً قانونياً لنظرية الموظف الفعلي، فهو لا يعدو أن يكون تعبيراً عن القاعدة باللغة اللاتينية، وعليه فإنها بذاتها تفنقر إلى الأساس القانوني، ومنه يجب أولاً تأصيل هذه القاعدة، ومن بعد نبش عن أساس لنظرية الموظف الفعلي⁽⁴⁾.

وذهب البعض الآخر إلى القول بأن فكرة الغلط الشائع يولد الحق ليست سوى شرط من شروط أخرى يستوجب توافرها لأعمال أحكام الظاهر، فكيف لهذا المبدأ أن يكون أساساً للظاهر؟ فالغلط وهم والوهم عدم وليس من شأنه في حد ذاته أن ينشئ أثراً قانونياً⁽⁵⁾.

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص216).

(2) M.H. Mazeaud, La maxime error communis facit Jus, Rev. Trim Dr. civ, 1924 Cit. (p936).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص67).

(3) Beudant, Cours de Droit Civil Francais 1936 (p267).

مشار إليه علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص316). وعليه فإن التعامل مع مركز الموظف الفعلي تحت تأثير غلط شائع ما، فإن ذلك يستوجب ترتيباً كإنهاء الآثار القانونية على هذه العلاقة حماية لهذا الغير حسن النية، وذلك بسبب الغلط الشائع الذي وقع به الغير.

(4) جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص529).

(5) خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق (ص161).

وفي ظل هذه الانتقادات ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار الغلط الشائع هو الغلط الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه، فإذا كان الوقوف على حقيقة المركز القانوني للموظف الفعلي أمراً يصعب الوصول إليه في ضوء الظروف المحيطة، يمكن الاعتداء بذلك الغلط في ضوء الظروف المحيطة، ومنه ترتيب الآثار القانونية المتعلقة بالتصرف المبرم في ظله، كما لو كانت ناتجة من تصرف قانوني حقيقي سليم حماية الغير حسن النية⁽¹⁾.

وعليه يرى الباحث في ظل هذه الانتقادات أن مبدأ الغلط الشائع يولد الحق لا يصلح ليكون أساساً لنظرية الموظف الفعلي، إلى جانب حسن نية الغير، والمظاهر المادية اللازمة لخداع الغير.

الفرع الثالث: الأسس الفلسفية والاجتماعية

نتيجة الانتقادات التي وجهت للأساس التشريعي، ومبدأ الغلط الشائع يولد الحق كأسس لنظرية الموظف الفعلي، ذهب جانب من الفقه إلى البحث عن أساس هذه النظرية في فلسفة القانون والطبيعة الاجتماعية للحق، فذهب جانب منهم إلى فكرة "الاستقرار كضرورة لحماية الحقوق، وذهب آخرون منهم إلى فكرة الثقة المشروعة، وآخرون منهم من ذهب إلى مبدأ حسن النية والمصلحة العامة كأساس لنظرية الموظف الفعلي. وتقصيل ذلك.

أولاً: فكرة الاستقرار كضرورة لحماية للحقوق

اعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن فكرة الاستقرار هي أساس لنظرية الموظف الفعلي شأنها في ذلك شأن العديد من النظريات الأخرى، ذلك بأن المشروعية تسعى أساساً إلى حماية الحق المكتسب، وحماية الحق المكتسب ضرورة لا تستقر المراكز القانونية بدونها⁽²⁾.

ولا تقتصر وظيفة القانون على حماية الحق بعد اكتسابه فقط؛ بل تشمل كفالة الأمن لمن يسعى إلى اكتسابه، وعليه كفالة الاستقرار اللازم لانتقال الحقوق، الأمر الذي يفرض حماية المتعامل على أساس الوضع الظاهر، حماية للاستقرار والحقوق الناشئة على ذلك⁽³⁾.

(1) M.H. Mazeaud. Op. cit. (p938).

مشار إليه، علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص318).

(2) Demogue, Notions fonatmentales de Droitprive, 1911. (p63).

مشار إليه علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص320).

(3) الطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص69).

ورغم أن هذه الفكرة صحيحة وقوية؛ إلا أنها تقوم على اعتبارات اقتصادية، وتتصل بفلسفة القانون، وعليه تحتاج إلى صياغة فنية تنقلها من الجانب الفلسفي إلى نطاق النظريات القانونية، هذا فضلاً عن عموميتها التي تجعلها تتسع لنظرية الموظف الفعلي وغيرها من النظريات⁽¹⁾.

ثانياً: فكرة الثقة المشروعة

ينسب الفضل في إبراز نظرية الثقة المشروعة كأساس لنظرية الموظف الفعلي إلى الفقيه (EMMANUEL LEVY) إذ يرى أن للثقة المشروعة في ظاهر معين كافية لنشوء الحق في ذمة من اعتمد على هذا الظاهر وتعامل معه، وبفسر ذلك بأن الحق رابطة متعددة العناصر، ومن بين تلك العناصر صاحب الحق، الذي ينتقل إليه الحق كونه إرادة، وعليه إرادة كسب الحق كافية لاكتسابه بشرط مشروعيتها التي هي رهن بقبول المجتمع لها وثقته فيها، إرادة الغير في كسب الحق مشروعة؛ لأنه تلقاها نتيجة تعامله مع ظاهر مستقر جدير بثقة المجتمع، وثقة المجتمع تكون مشروعة إذا كانت مبررة وتستند إلى واقع جدير بالحماية المقررة قانوناً⁽²⁾.

على أن يتمسك صاحب الحق بحقه، وعدم تركه له إلا بمحض إرادته، فإن أهمل أو خالف هذا الواجب كان مسهماً في إيهام الغير وخديعته، الأمر الذي يترتب عليه إخلال بالثقة المشروعة في الظاهر المستقر.

ويبرر مسائلته وفقدانه لحقه باعتبار أن ذلك يُعد خير تعويض⁽³⁾. إلا أن هذه الفكرة كأساس لنظرية الموظف الفعلي تعرضت لانتقادات عدة كونها لم تضيف جديداً في مجال نظرية الظاهر ذلك؛ لأن الثقة المشروعة ما هي إلا وصف تحليلي للقيود التي يجب أن تحيط بالظاهر⁽⁴⁾، فضلاً عن أن أسباب كسب الحق متعددة، ولكل معنى أساسه الخاص.

وعليه يرى الباحث أن نظرية الموظف الفعلي لا يصلح أن تكون فكرة الثقة المشروعة أساساً لها، وذلك لعجزها تبرير أحكام الظاهر.

(1) خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق (ص 537).

(2) EMMANUEL LEVY. La confiance legitime Rev. Trim de Dr. Civ., 1947. (p 717 et 723).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص 70).

(3) البطوش، المرجع السابق (ص 71).

(4) خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق (ص 45).

ثالثاً: حسن النية كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى اعتماد حسن النية كأساس لنظرية الموظف الفعلي متى كان غير المتعامل مع الموظف الفعلي لا يعلم انعدام أو تخلف الصفة القانونية إذ يتعامل معه بصفته موظفاً قانونياً⁽¹⁾، وقد تعرض هذا المبدأ للنقد من جانب الفقه المصري بالقول أن هذا المبدأ هو أحد شروط حماية الغير استناداً إلى الظاهر، إذ لا يمكن تصور قيام عنصر معين بدون الشرط لتطبيق حكم معين⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث عدم صلاحية الأساس الفلسفي والاجتماعي عموماً كأساس لنظرية الموظف الفعلي.

رابعاً: المصلحة العامة كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن المصلحة العامة هي أساس نظرية الموظف الفعلي حيث يرى أن مصلحة صاحب الحق هي مصلحة فردية حمايتها أو إهدارها لن يتجاوز حدود صاحب الحق على النقيض، فإن صاحب الحق المتعامل مع الموظف الفعلي على أساس الظاهر المستقر حقه، حماية حقه أو إهداره لا يتعلق به وحده، إنما يتصل بالمجتمع والمصلحة العامة ذلك؛ لأن إهدار هذه التصرفات المستندة في وجودها على الظاهر سيترتب عليه الإحجام والتردد في التعامل مع الإدارة، وبذلك إهدار المصلحة العامة⁽³⁾.

إلا أنه ونظراً إلى مرونة فكرة المصلحة العامة، واعتبارها هدف القانون ككل، لا يمكن الأخذ بها كأساس لنظرية الموظف الفعلي، ذلك إلى جانب أن نظرية الموظف الفعلي وإن كانت أصل وجودها حماية الغير حسن النية، وإنما تعمل أيضاً على حماية الإدارة⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: المسؤولية كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار المسؤولية هي أساس لنظرية الموظف الفعلي، وذلك وفق ثلاثة اتجاهات، إذ ذهب جانب منهم إلى اعتماد المسؤولية المبنية على خطأ الإدارة كأساس لنظرية الموظف الفعلي، ومنهم من ذهب إلى اعتماد المسؤولية دون أي خطأ للإدارة؛

⁽¹⁾L-MARTINE (G) et Raynayd: Droitcivilt, I, les personnes, 1967., (p38).

⁽²⁾ خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق (ص43).

⁽³⁾ مشار إليه علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص329). J- Calais Auloy, (p24).

⁽⁴⁾ علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص330).

لخلق الظاهر الخادع المخالف للوضع القانوني الحقيقي، وذلك استناداً على فكرة المخاطر⁽¹⁾، وأما استناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

أولاً: المسؤولية المبنية على الخطأ كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أن خطأ الإدارة في خلق الظاهر المخالف للحقيقة، الذي من شأنه دفع الغير حسن النية إلى الوقوع به، ومنه التعامل مع الإدارة كما لو كان الوضع قانونياً، أمر يستوجب قيام مسؤوليتها عن تلك الأضرار التي قد تلحق بالغير، الأمر الذي يوجب قيام نظرية الموظف الفعلي وترتيب آثارها⁽³⁾.

ومن تطبيقات ذلك قيام الإدارة بالتعاقد مع المقاتل حسن النية دون توافر الصلاحية اللازمة لإبرام هذه العقود، ومنه قيام الغير بتنفيذ العقود دون علمه بما يشوبه من عيوب، فلا ينسب إليه أي تقصير أو إهمال، إذ يكون من المتعذر عليه الوقوف على ما يشوب العقد من أوجه عدم المشروعية، ومن ثم يكون لزاماً على الإدارة تعويضه عند بطلان العقد عما لحق به من أضرار ناجمة عن الظاهر الذي خلقتة الإدارة والذي من شأنه حمل الغير على التعاقد معها⁽⁴⁾.

إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد وهو ما يؤيده الباحث، إذ إن المسؤولية المبنية على خطأ الإدارة لا يصلح على إطلاقه ليطبق في جميع الحالات كأساس لنظرية الموظف الفعلي إذ لا تقوم وفق الأصل، إلا إذا كان الظاهر الذي من شأنه خداع الغير يعود إلى الإدارة، وهو ما لا يتحقق في ذاته في كثير من الحالات، ذلك لأن هناك حالات لا يمكن فيها أن يتسبب أي خطأ أو تقصير أو إهمال للإدارة، لاسيما تلك الحالات التي قد تقع الإدارة ذاتها بنفس الخطأ الذي وقع فيه الغير، ومنه لا مسؤولية عليها، لذلك لا يصلح معيار المسؤولية المبنية على

⁽¹⁾L-martine, these precitee. (p322).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص74).

⁽²⁾B-GENY. Essaidiune Theorie general ate La Collaboration des administres avec l. administration, these NANCY, (p1930) (p127at 141).

مشار إليه، بطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص74).

⁽³⁾L-Martine. Raynayd: Droit civil I, I, les personnes 1967 op. cit, (p315).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص74).

⁽⁴⁾G-Vedel, Droit Administratif, 4 eme. 1968 (p215).

مشار إليه علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري (ص333).

الخطأ كأساس لنظرية الموظف الفعلي، وهو ما دفع بعض الفقه إلى البحث عن أساس نظرية الموظف الفعلي في إطار المسؤولية بعيداً عن خطأ الإدارة⁽¹⁾.

ثانياً: المسؤولية المجردة من الخطأ كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب جانب من الفقه إلى قيام مسؤولية الإدارة لمجرد توافر الظاهر، حتى ولو لم يكن من شأن ذلك أن توقع الغير في الخطأ⁽²⁾.

ومن تطبيقات ذلك وعود الإدارة التي ترجع عن تنفيذها تحقيقاً للمصلحة العامة أو إنفاذاً للقانون، أو لممارستها لسلطاتها التقديرية، إلا أن ذلك يوجب مسؤوليتها ليس على أساس الخطأ⁽³⁾، وإنما على أساس المخاطر⁽⁴⁾.

إلا أن الباحث يرى عدم قبول ذلك، لأن من يكون سبباً في إيقاع الغير في الخطأ يلزمه تحمل المسؤولية لتلك الأعمال، إما لإعمال نظرية الموظف الفعلي، أو على قواعد المسؤولية التقصيرية، فإن كانت الإدارة من أوقعت الغير بالخطأ بخلق الظاهر في بعض الحالات تقوم مسؤوليتها وتلزم بالتعويض بإنفاذ الآثار المترتبة على تصرفات الموظف الفعلي، لكن إن لم يكن لها طرف في خلق الظاهر ومنه الخطأ الذي وقع به غير المتعامل مع الإدارة فلا تلزم بالتعويض لعدم قيامها بمسؤوليتها .

وعليه لا يصلح معيار المسؤولية دون خطأ كأساس لنظرية الموظف الفعلي شأنه في ذلك شأن معيار المسؤولية المبنية على الخطأ في ذلك.

ثالثاً: الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى أن الظاهر قد يكون مصدراً للمسؤولية، ومنه أساساً لنظرية الموظف الفعلي استناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية. إذ يجب

(1) عبد الله البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص76).

(2) L-Martine, Rayna 4d: DroitCivili, I, les personnes, 1967 op. cit. (p322).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص76).

(3) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص76).

(4) تقوم المسؤولية على أساس المخاطر بتوافر ركنين هما: القدرة وعلاقة السببية بين الضرر وبين فعل الإدارة، فإذا وردنا إقامة مسؤولية الإدارة وجب أن يكون قيام الظاهر واستقراره بفعل الإدارة، وهو ما يصعب غالباً إثباته.

على الإدارة التي خلقت أو كانت سبباً في خلق ذلك الظاهر أن ترد ما حصلت عليه من نفع أو أثريت بسببه⁽¹⁾.

إلا أن الباحث يرى قصور هذا المعيار؛ لاقتصاره على مجال العقود الإدارية، وعدم اشتماله كل صور نشاط الإدارة العامة.

فضلاً عن ذلك يرى بعض الفقه المصري "أن فكرة المسؤولية لا تصلح لأن تكون أساساً عاماً لنظرية الموظف الفعلي، فهي نظرية لا تهدف دائماً في صورها المختلفة في مجال القانون الإداري إلى جبر الضرر الذي أصاب الغير، إنما تهدف إلى تفادي الضرر المحتمل الوقوع بالنسبة للغير، وذلك بإضفاء صفة الشرعية على التصرف الظاهر، كما في حالات التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي، ومن ثم فإن الضرر المحقق اللازم لقيام فكرة المسؤولية - أياً كانت أشكالها - لا يتحقق، وبالتالي فإن أحد الأركان الأساسية لنظرية المسؤولية غير متوافرة، وهو ما يجعل الاستناد إلى المسؤولية كأساس لنظرية الموظف الفعلي أمراً غير سليم⁽²⁾.

الفرع الخامس: فكرة الظاهر المعقول كأساس لنظرية الموظف الفعلي

ذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه متى كان مظهر الحق معقولاً، ينبغي أن ينتج في العلاقة مع الغير ذات الآثار التي ينتجها الحق نفسه، فالظاهر المستقر المبرر يصلح في ذاته أساساً قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر "الموظف الفعلي"، فالسبب في حماية الغير، هو وجود الظاهر، والبحث وراء أساسه القانوني بحث فلسفي يجاوز حدود القانون⁽³⁾.

ويرى آخرون أن نظرية الموظف الفعلي باتت بذلك كافية نفسها بنفسها، وتتعدّد بذلك مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام الأخرى للإدارة⁽⁴⁾.

ويرى البعض الآخر من الفقه المصري، أن هذه النظرية باتت نظرية مستقلة بذاتها شأنها في ذلك شأن غيرها من النظريات، وأن ما أثير حول هذه النظرية من أفكار تتعلق بأساسها القانوني يتصل بحماية الغير حسن النية، لا تصلح؛ لأنها تمثل أساساً لها، ولكنها تُعدّ مسوغات تقوم عليها النظرية فقط، ذلك لأن أساس أي نظرية هو الفكرة الأساسية التي تقوم عليها، وتشكل

(1) النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية (ص470).

(2) يوسف، الأساس القانون لنظرية الموظف الفعلي (ص231).

(3) جمبجي، نظرية الأوضاع الظاهرة (ص128-130).

(4) خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق (ص47).

عمودها الفقري الذي تتميز به عن غيرها من النظريات، ومن ثم فإن الأثر الناجم عن الظاهر المخالف للحقيقة يرجع في أساسه إلى الظاهر نفسه، وإلى ما يتميز به من عناصر تجعله جديراً بترتيب آثاره القانونية تحقيقاً للاستقرار والمصلحة العامة⁽¹⁾.

إلا أن هناك من وجه نقداً لهذا المعيار، ذلك لأن فكرة الظاهر المعقول هو من افتراض العدالة التي هي نفسها تفترض وتقتضي في بعض الأحوال الاعتقاد بالحقيقة، هذا وإن مصلحة الغير حسن النية توازنها بالمقابل مصلحة الإدارة، ومن المحتمل في حالات معينة أن يكون صاحب المركز الظاهر شخصاً سيئ النية، أساء استغلال الظاهر المعقول، ومنه لا يجوز هنا تحميل الإدارة المسؤولية، وعليه لا يصلح كأساس لنظرية الموظف الفعلي لاسيما في القانون الإداري⁽²⁾.

الفرع السادس: مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد

نجد أن جميع الأسس السابقة التي نادى بها الفقه الفرنسي والمصري في جانب آخر منها لا تصلح كأساس لنظرية الموظف الفعلي للاعتبارات التي سبق تناولها في هذا المبحث.

لذلك يرى غالبية الفقه أن مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد هو ما يميز نظرية الموظف الفعلي "الظاهر" في القانون الإداري عنها في القانون الخاص الذي يرد وجود هذه النظرية استناداً إلى الأسس التي سبق تناولها، وثبتت عدم صلاحيتها في نطاق القانون الإداري⁽³⁾.

وعليه فقد استقر الأمر على اعتماد مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد كأساس لنظرية الموظف الفعلي "الظاهر" وهو ما يؤيده الباحث لكن في إطار الظروف الاستثنائية لتوافر العلم لدى المتعامل مع الإدارة بانعدام الصفة القانونية لمن يشغل الوظيفة العامة، ذلك لأن توفير الأمن يتعلق بالثقة في التعامل مع الإدارة، والتي تختل إذا لم ترتب تصرفات الإدارة مع الأفراد آثارها في الأحوال التي توصي بصحة تلك التصرفات، الأمر الذي يدفع بالأفراد إلى العدول عن التعامل مع الإدارة لانعدام الثقة، وهو بذلك يؤثر على سير المرافق العامة، ويفقد الثقة في جانب الإدارة. مما يؤثر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد،

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص236).

(2) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص79).

(3) الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (ص369).

ومنه الإضرار بالمصلحة العامة التي هي أهم غايات نظرية الموظف الفعلي في جميع تطبيقاتها.

ومن ثم فإن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف العادية يقوم على توافر الظاهر المعقول في جانب المتعامل مع الإدارة، وهو ما لا يتوافر في جانب الحالة الفلسطينية؛ لاسيما وأن أحداث غزة التي أسفرت إلى الإنقسام الفلسطيني تعتبر ضمن الحالات الاستثنائية وليس العادية؛ لاسيما وعلم الكافة بأن من يشغل الوظائف العامة في قطاع غزة لم يكتسبوا صفة الموظف العمومي لعدم شغلهم للوظيفة العامة وفق الشروط والإجراءات المقررة قانوناً، ذلك بالإضافة إلى إعتبار من قام بتعيينهم أساساً مغتصب للسلطة؛ إلا أن استمرارية التعامل مع موظفو غزة من قبل العامة دون اعتراض يكسب تصرفاتهم النفاذ القانوني ليس على أساس الظاهر وإنما على ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

تفرض الظروف الاستثنائية⁽¹⁾ في كثير من الحالات تدخل الأفراد في إدارة المرافق العامة دون توافر الصفة القانونية لهذا المتدخل، وذلك لغياب السلطة الشرعية المسؤولة عن إدارة هذه المرافق العامة بسبب الحروب الداخلية، أو الغزو الأجنبي "كما حدث في العراق" أو في حالة الكوارث الطبيعية، وغير ذلك من الحالات التي تقف القوانين والقواعد السائدة والمعمول بها عاجزة أو غير كافية لضمان سير المرافق العامة.

حيث يرى بعض الفقه الفرنسي أن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية هو فكرة الظاهر الذي يشترط فيه ممارسة الموظف الفعلي الوظيفة في هذه الظروف الاستثنائية على مرأى ومسمع من العامة، ودون أي منازعة من جانب الإدارة لإضفاء صفة الشرعية على التصرفات الصادرة عنه في ظل توافر الظاهر كأساس لنظرية الموظف الفعلي⁽²⁾.

إلا أن غالب الفقه قد أجمع على معارضة الرأي السابق حول ضرورة توافر الظاهر في ظل الظروف الاستثنائية، ذلك لأن القضاء في النظم المقارنة قد أضفى الشرعية على التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية رغم عدم توافر الظاهر، ورغم علم الغير بحقيقة مركزه غير القانوني، ما دام أن ذلك كان ضرورياً لسير المرافق العامة⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل حول تعريف الظروف الاستثنائية وأساسها القانوني راجع غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص132-149).

(2) G- Jeze, les principesgeneraux. Du droit administrative. 3e ed Tome. Op. cit. (p70, 112 et 115).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص81).
(3) الطماوي، مبادئ القانون الإداري (ص542). بدوي، القانون الإداري (ص57). غانم، القانون الإداري (ص155).

وهو ما أقره المشرع الفرنسي، وذلك بإقرار مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد كأساس لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، ذلك في القانون الصادر في 14 يوليو لسنة 1871 الذي أضفى صفة الشرعية على تصرفات حكومة الثورة لإقليم السين⁽¹⁾.

وهو ما لم يتناوله المشرع المصري، وكذلك الفلسطيني رغم ما جاء به القضاء الفرنسي من تأييده، وأخذه بما جاء به المشرع الفرنسي ومنه القضاء المصري.

حيث أكد القضاء الفرنسي على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد كأساس لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، وذلك من خلال أحكامه المتعددة، والتي منها ما يتعلق بدعوى السيد "MARION" والتي تخلص وقائعها في قيام مجموعة من الأشخاص بتكوين لجنة لرعاية مصالح أحد الأقاليم، على أثر تعرضه للغزو من قبل الجيش الألماني، الذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفاً من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال، وقامت هذه اللجنة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين على أثر ذلك قام المذكور وأشخاص آخرون بالطعن بهذه القرارات الصادرة عن هذه اللجنة مستندين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني، فقرر مجلس الدولة الفرنسي رفض هذا الطعن رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية، ذلك استناداً إلى الظروف الاستثنائية الناجمة عن الغزو الألماني بهذا الإقليم الذي من شأنه إضفاء طابع الضرورة والاستعجال على التصرفات التي قامت بها اللجنة مما يتتبع اعتبار قراراتها صحيحة وسليمة وقانونية، كأنها صدرت عن سلطة إدارية قانونية⁽²⁾.

هذا وقد أشار مجلس الدولة المصري وبشكل صريح إلى اعتماد مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد كأساس لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، حيث جاء في حكمها الصادر في 2 يونيو لسنة 1964. أن "نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل

(1) انظر التشريع الصادر في 19 يوليو لسنة 1871، والخاص بتصرفات حكومة الثورة لإقليم السين، مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص83).

(2) C.E, 5 mars. 1948. Marion et autres. Rec. (p113).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص84).

في بعض الوظائف، ضماناً لانتظام المرافق العامة وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين منها بإضطرار ودون توقف⁽¹⁾.

وعليه يخلص الباحث في مجال أسس نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية أن المعيار المعتمد والذي أجمع عليه الفقه، وأخذ به المشرع الفرنسي وقضى به القضاء الفرنسي والمصري صراحاً مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد لضمان المصلحة العامة، إذ يمكن القياس على هذا الأساس قيام نظرية الموظف الفعلي واقعياً في الجانب الفلسطيني باعتبار حالة الإنقسام إحدى الظروف الاستثنائية التي أودت إلى غياب الموظف العام القانوني وإقصائه عن الوظيفة العامة بطريقة أو بأخرى وإحلال غيرهم لتسيير المرافق العامة، ومنه اكتساب هذه الفئة صفة الموظف الفعلي لعدم توافر شروط وإجراءات التعيين بحقهم، ومنه إعتبار حالة الإنقسام مبرر لقيام تطبيق هذه النظرية في النطاق الفلسطيني، ومنه صحة التصرفات الصادرة عن هؤلاء الموظفون بمبرر ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، مع الأخذ بعين الاعتبار صفة الحكومة التي تقوم بإدارة القطاع تحت وصف الحكومة الفعلية.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة في 28 يونيو سنة 1964 مجموعة السنة العاشرة، القضية رقم (713)، لسنة 7ق، (ص1354).

الفصل الثاني

تطبيقات نظرية للموظف الفعلي وآثارها

الفصل الثاني

تطبيقات نظرية للموظف الفعلي وآثارها

نظرية الموظف الفعلي تجد مجالها في التطبيق في نطاق كل من الظروف العادية، والظروف الاستثنائية، ويرتبط بوجودها جملة من الآثار المختلفة، ذلك باختلاف أطراف العلاقة المتصلة بها.

وعليه سيتناول الباحث هذا الفصل في بحثين مستقلين على التفصيل التالي:

المبحث الأول

تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

إن توافر الظاهر حماية الغير حسن النية، وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد لهو أساس وجود نظرية الموظف الفعلي وتبريرها في الظروف العادية والاستثنائية على الترتيب، والتي في ظلها تختلف مظاهر الموظف الفعلي من حيث الوجود في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية رغم أن الأساس مشترك من حيث الوجود القانوني للنظرية.

وعليه سيتناول الباحث هذا المبحث على التفصيل التالي:

المطلب الأول

تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

يترتب البطلان على انعدام الوجود القانوني للتصرف القانوني، ومن أوجه ذلك بطلان تصرفات الموظف العام وآثارها متى لم يكن مكتسباً للصفة الوظيفية وفق الأصول القانونية بانعدام سند شغل الوظيفة العامة أو الانتخاب أو انتهاء الرابطة الوظيفية أو القيام بالتصرف إسناداً على تفويض باطل، أو لبطلان قرارات نقل الموظف العام، ذلك متى تم تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً مجرداً، إلا أنه ونظراً إلى الأضرار التي تلحق بالغير حسن النية نتيجة لذلك فقد تم اللجوء إلى نظرية الموظف الفعلي لتخفيف حدة تلك الآثار السلبية المتجسدة ببطلان التصرفات الصادرة عن فاقد الصفة الوظيفية، وعليه تتعدد صور وجود الموظف الفعلي في ظل الظروف العادية، تأسيساً على فكرة الظاهر⁽¹⁾ التي يبدو خلالها الموظف الفعلي في أعين العامة، موظفاً قانونياً على خلاف الحقيقة الواقعية.

وعليه سيتناول الباحث المطلب على التفصيل التالي:

الفرع الأول: انعدام سند تقلد الوظيفة العامة.

يتم تقلد الوظائف العامة قانوناً، وفق الشروط والإجراءات القانونية المقررة قانوناً، ذلك بصور قرار من الجهة المختصة بذلك، أو ما تفرغه العملية الانتخابية، إلا أنه قد يحدث وأن يتقلد أحد الأشخاص إحدى الوظائف العامة، أو ينتخب في إحدى الهيئات اللامركزية، ويمارس اختصاصات تلك الوظيفة العامة، ومنه الظهور بمظهر الموظف القانوني، ومن ثم يتبين لاحقاً بطلان سند تقلده الوظيفة العامة لبطلان قرار التعيين، أو لبطلان انتخابه للوظيفة العامة التي شغلها⁽²⁾ بالانتخابات⁽³⁾.

أولاً: بطلان قرار التعيين بالوظيفة العامة.

يقوم تطبيق وجود الموظف الفعلي لبطلان قرار التعيين، أو التولية بالوظيفة العامة، بتولي أحد الأشخاص وتقلده إحدى الوظائف العامة لمدة زمنية يظهر خلالها بصفة الموظف

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص208). الحلو، القانون الإداري (ص64). عبد الباسط، القانون الإداري (ص358).

(2) محفوظ، الوسيط في القانون الإداري (ص317). الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (ص394).

(3) الحلو، القانون الإداري (ص424). أبو زيد. دوام السير المرافق العامة (ص8-9).

القانوني، لعدم وضوح أو اكتشاف عدم مشروعية قرار تعيينه لانعدامه، الذي يكتشف بعد سنوات طويلة من ممارسته الوظيفة العامة والظهور بمظهر الموظف الشرعي القانوني⁽¹⁾.

ويرجع انعدام قرار التعيين وبطلانه لعيب أو أكثر من العيوب التي قد تشوب القرار الإداري⁽²⁾، ومنه يكون محلاً للطعن به بالإلغاء لعدم المشروعية⁽³⁾ لأحد الموجبات التالية التي تختلف خلالها حالة وجود الموظف الفعلي وجوداً أو عدمه وبيان ذلك:

1) عيب عدم الاختصاص⁽⁴⁾:

حدد القانون النطاق الموضوعي والزمني والمكاني، لكل فرد وجهة إدارية لمباشرة صلاحياتها التي خولها لها القانون، لكي يعتد بالتصرفات الصادرة عنها قانوناً، وذلك ما يجسد الإطار العام للاختصاص، الذي يجسد القدرة القانونية على إصدار القرارات الإدارية على وجه يعتد به قانوناً⁽⁵⁾، فمتى صدر قرار التعيين من جهة غير مختصة، أو لا تملك القدرة القانونية على إصداره، قام عيب عدم الاختصاص الذي يؤدي إلى بطلان القرار، ومنه انعدام الوجود القانوني للموظف العام، وقيام صفة الموظف الفعلي متى توافر الظاهر المعقول حماية للغير حسن النية.

ويقوم عيب عدم الاختصاص على صورتين، عيب عدم الاختصاص الجسيم المعدم للقرار الإداري⁽⁶⁾، وعيب عدم الاختصاص البسيط الذي يتصل بعدم الاختصاص الموضوعي، والمكاني، والزمني.

ويرى الباحث أن تطبيق الموظف الفعلي في ظل عدم الاختصاص الجسيم لاشك في قيامه، وذلك لانعدام القرار الإداري من اللحظة الأولى له، ذلك لأن صدور قرار بتعيين أحد الأشخاص وفقاً لإحدى صور عدم الاختصاص الجسيم يكون القرار الصادر بالتعيين منعدماً، ومنه انعدام الوجود القانوني للموظف الذي صدر القرار بحقه، ويأخذ بذلك حكم الموظف الفعلي متى توافرت شروط نظرية الموظف الفعلي لاسيما الظاهر حماية للغير حسن النية.

(1) شيجا. مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني (ص372).

(2) الحلو، القانون الإداري (432).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص335).

(4) الاختصاص: "هو القدرة القانونية على القيام بعمل إداري معين على وجه يعتد به قانوناً" غانم، الوسيط في

أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص256).

(5) غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص338).

(6) راجع تفاصيل عيب عدم الاختصاص الجسيم للفصل التمهيدي من الدراسة.

أما صور عدم الاختصاص البسيط، فبيان تفصيل ذلك في ظل نظرية الموظف الفعلي:

أ- عدم الاختصاص الموضوعي:

يقوم عدم الاختصاص الموضوعي بقيام موظف أو جهة إدارية بإصدار قرار إداري من اختصاص موظف أو جهة إدارية أخرى، وذلك بإصدارها ما لا تملك سلطة التقرير فيه قانوناً⁽¹⁾.

وتشمل التطبيقات العملية لعدم الاختصاص الموضوعي كلاً من:

- اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى موازية لها، كأن يقوم وزير بإصدار قرار هو من اختصاص وزير آخر، بينهما علاقة في طبيعة الاختصاص كوزير البيئة ووزير الصحة فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بالصحة العامة.
- فلا يعد القرار الإداري الصادر من جهة إدارية أخرى موازية لجهة الاختصاص وفق القانون قراراً منعماً، وإنما باطل، وبه يكون محلاً للطعن خلال مدة الطعن المقررة قانوناً⁽²⁾.
- اعتداء جهة إدارية دنيا على اختصاص جهة إدارية أعلى منها، وذلك كقيام المروءس بإصدار قرار إداري من اختصاص رئيسه دون تفويض قانوني منه، ومنه يكون القرار باطلاً، ذلك لأنه لا يجوز لسلطة إدارية دنيا إصدار قرار يدخل في اختصاص سلطة إدارية أعلى منها؛ إلا بناء على تفويض صحيح، ويقع باطلاً كل قرار يخالف ذلك⁽³⁾.
- اعتداء جهة إدارية عليا على اختصاص جهة إدارية أدنى منها، وذلك كقيام الرئيس الإداري بمباشرة الصلاحيات أو بعض الصلاحيات التي يمنح القانون سلطة البت النهائي فيها للمروءس دون تعقيب من رئيسه الإداري الذي لا يكون له إلا سلطة الرقابة عليه في حدود القانون⁽⁴⁾.
- اعتداء السلطة المركزية على اختصاص الهيئات اللامركزية، وذلك أن القانون في ظل اللامركزية الإدارية منح الهيئات اللامركزية سلطة البت النهائي في بعض القرارات الإدارية ذات المصالح الإقليمية أو المرفقية تحت وصاية الهيئات المركزية التي لا

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص357).

(2) الطعن رقم 1889 لسنة 38 ق.ع. جلسة 1996/3/19.

(3) عبد الله، القضاء الإداري (ص196).

(4) الحلو، القانون الإداري (ص379).

يكون لها أن تحل محلها في القيام بالتصرف في غير حالات الحلول التي اجازها المشرع في حال توافرت شروطها لإتخاذ القرار الذي منحها القانون سلطة البت النهائي فيها، وكذلك القرارات التي تخضع لوصايتها أن تعدلها أو تستبدلها بغيرها، فلا يكن لها الا أن توافق عليها أو ترفضها خلال الأجل القانوني المقرر لذلك، وإلا كان القرار معيب بعيب عدم الاختصاص ووجب إلغائه⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن تطبيق نظرية الموظف الفعلي وجوداً في نطاق عدم الاختصاص الموضوعي الذي يجسد أحد جوانب عدم اختصاص البسيط غير متصور متى تحصل القرار الإداري بمرور الزمن، وهو متصور متى تمت الطعن بالقرار وإلغائه لعدم الاختصاص، فيكتسب الموظف صفة الموظف الفعلي خلال الفترة السابقة لإلغاء قرار التعيين.

ب- عدم الاختصاص الزمني:

يقوم عدم الاختصاص الزمني في نطاق نظرية الموظف الفعلي بصدر القرار الإداري عن موظف خارج النطاق الزمني الذي يستطيع خلاله فراداً أم إدارة بإصداره، إذ لا يستطيع إصداره قبل منح الموظف ولاية إصدار القرار أو بعد انتهاء تلك الولاية بسحبها منه لأحد الأسباب القانونية أو انتهاء خدمته وفق الأصول القانونية، وإلا وقع القرار باطلاً لمخالفته عنصر الاختصاص الزمني⁽²⁾.

ويرى الباحث في هذا النطاق أن وجود نظرية الموظف الفعلي تقوم في إطار عدم الاختصاص الزمني متى صدر قرار التعيين من غير المختص زمانياً، ومنه انعدام الوجود القانوني للموظف المخاطب بقرار التعيين، متى تم اكتشاف ذلك خلال مدة الطعن المقررة قانوناً؛ وإلا أصبح كالسليم، ومنه اكتساب صفة الموظف الفعلي خلال المدة السابقة لتقرير عدم المشروعية.

ت- عدم الاختصاص المكاني:

يقوم عدم الاختصاص المكاني بتجاوز جهة الإدارة للنطاق الإقليمي أو الجغرافي المسموح لها قانوناً مباشرة اختصاصها ضمن نطاقه، فإذا اتخذ قراراً يدخل ضمن حدود جهة إدارية أخرى، فإنه يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص البسيط⁽³⁾.

(1) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص312). شطناوي، القانون الإداري الأردني (ص542).

(2) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص283).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص362).

إلا أن حالة عدم الاختصاص المكاني قليلة الحدوث من الجانب العملي⁽¹⁾ ذلك لأن القانون حدد الإطار المكاني للاختصاص لكل جهة.

ويرى الباحث أنه من المتصور حدوث هذه الحالة القانونية، التي إن قامت وتوافر الظاهر، قامت نظرية الموظف الفعلي في ظلها، ومنه تتوافر الحماية القانونية الغير حسن النية ما لم يتحصل القرار الإداري مرور مدة الطعن القانونية.

(2) عيب الشكل والإجراءات⁽²⁾:

لم تشترط التشريعات المقارنة كأصل اتباع شكل معين، أو إجراءات خاصة لإصدار القرارات الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك استثناءً، فإن نص على ذلك، كان القرار المخالف للشكل والإجراءات التي حددها القانون مشوباً بعدم المشروعية⁽³⁾، سواء أكان مصدر تلك الإجراءات، الدستور أم التشريع العادي أم الأنظمة أم المبادئ القانونية العامة التي لها الدور الأبرز في ابتداع القواعد الشكلية غير المنصوص عليها قانوناً⁽⁴⁾.

حيث نصت المادة (69) فقرة (2) من قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته على أنه "فيما عدا عقوبة التنبيه أو لفت النظر لا يجوز توقيع عقوبة على الموظف إلا بعد إحالته إلى لجنة للتحقيق معه وسماع أقواله، ويتم إثبات ذلك بالتسجيل في محضر خاص، ويكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة سبباً".

وأكدت ذلك محكمة العدل العليا حيث قررت أنه "لا يجوز توقيع عقوبة على موظف أو عامل إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ويجب أن يكون قرار العقوبة مسبباً⁽⁵⁾".

وعليه يرى الباحث أن تطبيق نظرية الموظف الفعلي تقوم متى صدر قرار التعيين مخالفاً للشكل أو الإجراءات التي حددها القانون واستمر الموظف المعين بموجب ذلك القرار المعيب

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص362).

(2) ويقصد بعيب الشكل مخالفة القرار الإداري للقواعد الشكلية التي أوجبتها القوانين والأنظمة للصياغة الخارجية للقرار الإداري، وأما عيب الإجراءات وهو مخالفة الإجراءات الإدارية المتلاحقة والمتابعة لإصدار القرار كالاستشارات الإجبارية قبل اتخاذ القرار الإداري.

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص364).

(4) فهمي، القضاء الإداري (ص203).

(5) قرارها رقم 1997/122 جلسة 1997/9/25 مجموعة عويضة (ص30).

في مباشرة المهام الوظيفية ثم تبين لاحقاً عدم مشروعية قرار تعيينه يكن خلال تلك المدة السابقة لتقرير عدم المشروعية مكتسب صفة الموظف الفعلي لا القانوني لعدم استكمال الإجراءات والشكل القانوني الواجب بقرار التعيين ما لم يتحصن بمرور الزمن.

(3) عيب مخالفة القانون "المحل":

عرفت محكمة القضاء الإداري محل القرار الإداري بأنه "المركز القانوني الذي تتجه إدارة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشراً، وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية بعينها أو تعديلها أو إلغاؤها⁽¹⁾.

حيث يقوم عيب المحل بمخالفة محل القرار الإداري لما جاء به القانون، إما مخالفة مباشرة⁽²⁾، أو الخطأ في تفسير القاعدة القانونية⁽³⁾، أو الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية⁽⁴⁾.

ويرى الباحث أن نظرية الموظف الفعلي تقوم في نطاق عيب مخالفة القانون، ذلك متى كان قرار التعيين جاء مخالفاً للقانون، أو تفسيره أو تطبيقه كونه إنشاء مركز قانوني خلافاً لما جاء به القانون وأوجبه، وعليه يكون مشوباً بعيب المحل لمخالفة الأثر القانوني الذي أنشأه القرار الإداري "التعيين" للقانون. فمتى تم تقرير عدم المشروعية سقط وصف الموظف عن الشخص المخاطب بقرار التعيين كلياً وعُدَّ موظفاً فعلياً خلال المدة السابقة لذلك لبطلان القرار الإداري لمخالفته القانون.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 934 لسنة، 6 ق جلسة 1954/1/6 مجموعة مجلس الدولة، السنة الثامنة، المجلد الثاني، قاعدة رقم 200، (ص401).

(2) تقوم المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية بتجاهل الإدارة القاعدة القانونية كلياً أو جزئياً، وذلك بإتيانها عملاً تمنع القاعدة أو تتمتع الإدارة عن القيام بعمل أوجبت القاعدة إثباته.

عبد الله، القضاء الإداري (ص227).

(3) يقوم الخطأ في التفسير للقاعدة القانونية عند قيام الإدارة بتصرف معين، وتستند فيه لقاعدة قانونية بعينها لكنها تعطي القاعدة القانونية معنى نطاق القاعدة يشتمل على حالات لا تدخل ضمن نطاقها أصلاً، أو تقوم بإضافة حكم جديد لم تنص عليه القاعدة القانونية.

عبد الله، القضاء الإداري (ص229).

(4) يقوم الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية بصورتين، أما الأولى فصدور القرار دون الاستناد إلى الوقائع المادة التي تؤيده، كأن يصدر قرار بإحالة موظف إلى التقاعد بناءً على طلبه علماً بأنه لم يقدم طلب بذلك. أما الصورة الثانية تكمن في عدم تبرير الوقائع المؤيدة لاتخاذ القرار الإداري أو عدم كفايتها لاتخاذ القرار الإداري. صادق، دعوى الإلغاء (ص443).

4) عيب التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة:

يتصل عيب التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة بركن الغاية في القرار الإداري التي هي المصلحة العامة ضمن مبدأ تخصص الأهداف⁽¹⁾.

وعليه يتحقق عيب الانحراف في استعمال السلطة، إما بإهدار المصلحة العامة، أو قاعدة تخصيص الأهداف، أو الانحراف بالإجراءات⁽²⁾، وهو أمر يصعب إثباته لاتصاله بالبواعث والدوافع التي تتصل بإصدار القرار الإداري⁽³⁾. ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعي ذلك، فإن عجز عن إثبات ذلك لا تستطيع المحكمة التصويت له من تلقاء نفسها، لاسيما أن القرارات الإدارية تتمتع تعريفه المشروع كإصل، وعلى من يدعي فلان ذلك إثبات ذلك⁽⁴⁾.

وعليه يرى الباحث أن تطبيق الموظف الفعلي في ظل عيب الانحراف في استعمال السلطة أمر نادر الحدوث لاسيما مع صعوبة إثباته، لكنه أمر غير مستبعد، فإذا ما نجح من يدعيه بإثبات أن قرار تعيين أحد الأشخاص في إحدى الوظائف العامة كان فيه انحراف باستعمال السلطة، قرر عدم مشروعيته، وعليه يُعدُّ الموظف خلال الفترة السابقة لتقرير البطلان للقرار الإداري موظفاً فعلياً وليس قانونياً، لعدم مشروعية قرار تعيينه أساساً، ومنه فقدان أحد عناصر اكتساب الصفة الوظيفية قانوناً.

وبذلك يرى الباحث وجود تطبيق نظرية الموظف الفعلي في نطاق بطلان قرار التعيين لعيب من عيوب القرار الإداري أمراً مقصوراً وقائماً سواء في ظل عيب عدم الاختصاص الجسيم، أما في ظل عيب عدم الاختصاص البسيط، وعيب الشكل والإجراءات ومخالفة القانون وانحراف لاستعمال السلطة، توجد نظرية الموظف الفعلي متى تم إلغاء قرار التعيين سواء من قبل الإدارة أم من خلال الطعن بقرار التعيين المشوب بإحدى العيوب السابقة خلال مدة الطعن وقرر إلغائه، وذلك لثبوت عدم مشروعية قرار التعيين حماية الغير حسن النية.

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص277).

(2) لمزيد من التفاصيل راجع. غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص400-410).

(3) عبد الله، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء (ص277).

(4) صادق، دعوى الإلغاء (ص506).

ثانياً: بطلان انتخاب الموظف العام.

يرجع تولي بعض الوظائف العامة للانتخابات كوسيلة لذلك، لاسيما في الهيئات اللامركزية التي تولى بها الموظف الوظائف العامة بها بالانتخاب وفق الشروط والإجراءات التي حددها القانون⁽¹⁾.

ويقوم تطبيق وجود الموظف الفعلي لبطلان الانتخاب لعدم توافر شروط الترشيح، أو لعدم الالتزام بإجراءات الانتخابات، أو لعدم صحة إجراءات فرز الأصوات - قبولية الوظيفة العامة ومباشرة الاختصاصات المتصلة بها، ومنه الظهور بمظهر الموظف القانوني في مواجهة العامة، ومن ثم يعين بطلان انتخابه في هذه الوظيفة العامة الذي قد يكون قد أمضى بها سنوات طويلة دون اكتشاف ذلك، ومنه تدريب جملة من التصرفات والآثار المتصلة بها بحق غير المتعامل مع الإدارة⁽²⁾.

فقد ذهب الفقه والقضاء الإداري في هذا السياق إلى اعتبار هذا الشخص يأخذ حكم الموظف الفعلي تأسيساً على فكرة الظاهر، لتوافر مظهر التعيين القانوني للوظيفة العامة، وقيام الصفة الوظيفية قانوناً في حقه ظاهرياً على خلاف الحقيقة التي لم يكن خلالها موظفاً من الناحية القانونية⁽³⁾.

الفرع الثاني: شغل الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية.

حددت النظم القانونية الفلسطينية والمقارنة نطاقاً زمنياً لمباشرة الموظف العام للوظيفة العامة خلاله، وبإنتهائها تنتهي الرابطة الوظيفية، بانتهاء مدة توليه للوظيفة العامة سواء أكان تعيينه تم بموجب قرار إداري أم بالانتخاب، كما وتنتهي الرابطة الوظيفية بالموظف العام بالتقاعد، أو بالاستقالة وقبولها، أو بوقفه عن العمل بقوة القانون أو بإجراء احتياطي أو عجز إداري، ورغم ذلك يقوم ذلك الشخص بممارسة العمل الوظيفي، ويباشر اختصاصات تلك الوظيفة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية بالنسبة له قانوناً⁽⁴⁾.

حيث يرى الفقه الفرنسي والمصري في هذا الإطار أنه إذا ما كانت الحكمة من الاستثناءات التشريعية هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطرداء، فإن تلك الحكمة توجب

(1) المساعيد. الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري (ص193).

(2) البطوش، نظرية الموظف العلمي فقهاً وقضاء (90).

(3) الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري (ص66).

(4) البطوش، نظرية الموظف العلمي فقهاً وقضاء (ص91).

الاعتراف بالتصرفات الصادرة عن الموظف العام الذي انتهت الصفة الوظيفية عنه، واستمر في مباشرة أعماله الوظيفية رغم ذلك، حماية الغير حسن النية؛ لتوافر الظاهر الذي يجعله يظهر بمظهر الموظف القانوني⁽¹⁾، وهو ما أيده القضاء الفرنسي والمصري والأردني بإجازة التصرفات الصادرة عن الموظف العام في تلك الفترة الزمنية وأخذ حكم الموظف الفعلي⁽²⁾.

ويرى الباحث أن هذا التطبيق يندرج ضمن إطار عدم الاختصاص الزمني للموظف العام، ونضيف أنه يشمل الحالات التي يباشر الموظف العام المهام الوظيفية، مثل: صدور قرار بالتعيين، أو تمام إجراءات العملية الانتخابية، ومن ثم يتضح لاحقاً عدم صدور قرار التعيين، أو تمام إجراءات الانتخابات أساساً، فيأخذ حكم الموظف الفعلي بالنسبة للتصرفات التي أبرمها في تلك الفترة حماية الغير حسن النية متى توافر الظاهر المعقول.

الفرع الثالث: التفويض غير المشروع.

إن ظهور الدولة المتدخلة، وازدياد مهام وأعباء الجهات الإدارية بها تبعاً لذلك فرض ازدياد أعباء الرؤساء المكلفين بالمهام الإدارية الأمر الذي أوجب أن يعهد بعض الاختصاصات من الرؤساء إلى المرؤوسين بالعمل وفق التسلسل الإداري⁽³⁾، للتخفيف من العبء، والحفاظ على حسن سير المرافق العامة، وذلك من خلال تفويض الاختصاص الذي أصبح أمراً ضرورياً في ظل الدولة الحديثة⁽⁴⁾.

حيث يقوم تطبيق وجود الموظف الفعلي في هذا النطاق متى باشر الموظف العام المفوض الاختصاص المفوض إليه، ولم يلتزم بالإطار الزمني والمكاني والموضوعي للأمر المفوض إليه، أو كان التفويض في ذاته غير مشروع بأن لم تتوافر فيه الشروط القانونية للتفويض⁽⁵⁾، واكتشاف ذلك بعد مباشرة الموظف المهام الوظيفية، الأمر الذي اختلف عليه الفقه والقضاء حول اعتبار هذه الحالة القانونية ضمن إطار الموظف الفعلي من عدمه.

وعليه سيتناول الباحث هذا الفرع للأهمية على التفصيل التالي:

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص192).

(2) يوسف، المرجع السابق (ص195).

(3) سمارة، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق (ص71-72).

(4) البطوش، نظرية الموظف العلمي فقهاً وقضاء (ص92).

(5) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص8).

أولاً: التفويض وشروطه.

1- تعريف التفويض:

التفويض من جانب الفقه المصري هو "أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته التي يستمدها من القانون إلى معاونيه المباشرين بناء على نص قانوني، وهو في جوهره تحمل مسؤولية مزدوجة، فالشخص الذي فوضت إليه السلطة يصبح مسؤولاً عن ممارستها حيال من فوضها إليه، ومع ذلك يبقى الرئيس الإداري مسؤولاً عن العمل الذي فوضه وعن نتائجه"⁽¹⁾.

وعرفه جانب من الفقه الأردني بأنه "إجراء إداري يخول بمقتضاه صاحب الاختصاص الأصل موطفاً آخر، أو جهة أخرى صلاحية اتخاذ بعض الأعمال القانونية بدلاً منه، تحت إشرافه ورقابته"⁽²⁾.

وعليه فإن الأصل في الاختصاص أنه شخص، ولكن يمكن في أحوال معينة وفقاً لشروط معينة أو يعهد صاحب الاختصاص على غيره بمباشرة جانب من اختصاصاته⁽³⁾ التي حددها القانون استثناءً، وذلك بالتفويض الذي يكون من السلطة الإدارية، أو الموظف صاحب الاختصاص إلى غيره من الموظفين، أو السلطات الإدارية لممارسة جزء من اختصاصاته وفقاً لما اشترطه القانون.

2- شروط التفويض:

اشترط القانون على اعتبار أن التفويض هو استثناء على الأصل القانوني جملة من الشروط حتى يرتب التفويض آثاره، وإلا وقع باطلاً⁽⁴⁾، ومنه بطلان الآثار المترتبة عليه وهي:

أ. وجود نص تشريعي صريح يجيز التفويض، على أن يكون هذا النص من ذات مرتبة النص التشريعي الذي منع الاختصاص للموظف الأصل "المفوض"⁽⁵⁾، وهو ما أكدته محكمة العدل العليا من خلال أحكامها، حيث جاء في حكم لها بأنه "من القواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا أُنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولا يحق له أن يفوض أحداً بممارستها؛ إلا بنص قانوني

(1) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص286). متولي، القانون الإداري (ص86).

(2) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص695).

(3) أبو راس، القضاء الإداري (ص262).

(4) غانم، الوسيط في القضاء الإداري في فلسطين (ص345).

(5) غانم، المرجع السابق.

صريح، ولا يوجد في القانون ما يجيز لوزير الصحة أن ينيب عنه ويحل الوزارة لممارسة الصلاحية المبجوت عنها⁽¹⁾.

ب. أن يكون التفويض مؤقتاً وجزئياً. وذلك بأن يحاط بنطاق زمني من صاحب الاختصاص لكي يقوم المفوض إليه بممارسة الصلاحيات والاختصاصات المفوضة ضمن النطاق الزمني المحدد للتفويض، وإلا فقد التأصيل والإذن القانوني لاتخاذ أي قرارات جديدة بعد انتهاء مدة التفويض⁽²⁾، على أن يكون التفويض جزئياً، فلا يجوز تفويض جميع الصلاحيات للمفوض إليه، وإلا أصبح ذلك بمنزلة التنازل عن الوظيفة⁽³⁾.

ت. قيام المفوض إليه بالاختصاص للمفوض له بنفسه، وذلك لعدم جواز تفويض التفويض⁽⁴⁾.

ويقوم تطبيق الموظف الفعلي في نطاق التفويض الباطل لعدم المشروعية، وذلك لتخلف شرط التفويض بالألا يكون هناك نص تشريعي يجيز التفويض، أم وجود تجاوز في الصلاحيات المفوضة أو النطاق الزمني للتفويض، ومنه قيام الظاهر في جانب الموظف المفوض إليه بالنسبة الغير حسن النية ذلك وفقاً لما يفترضه المنطق القانوني السليم، إلا أن القضاء والفقه اختلفوا حول قيام تطبيق الموظف الفعلي في ظل التفويض غير المشروع وفق التالي.

ثانياً: موقف القضاء والفقه من التفويض غير المشروع والموظف الفعلي.

1- موقف القضاء من التفويض غير المشروع.

- موقف القضاء الفلسطيني والإداري.

بالرجوع إلى الأحكام القضائية الفلسطينية لم يجد الباحث أي حكم تناول هذا التطبيق، وكذلك الحال بالنسبة لأحكام محكمة العدل العليا الأردنية "إذ أنها لم تأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض غير المشروع، لعدم وجود نص تشريعي صريح يجيز ذلك أو اعتبار جميع التصرفات الصادرة عن المفوض إليه تفويضاً غير مشروع - تصرفات باطلة فقد نصت بأنه "إذ أنه من القواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا انيطت صلاحية قانونية بمرجع

(1) عدل عليا: رقم 1954/18 مجلة نقابة المحامين 1954، (ص364).

(2) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص696).

(3) مشار إليه في شطناوي، مبادئ القانون الإداري (ص696) C.E. 8/3/1950 Res. P 85.

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص346).

معين بأنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولا يحق له أن يفوض أحد بممارستها إلا بنص قانوني صريح، ولا يوجد في القانون ما يجيز لوزير الصحة أن ينيب عنه وكيل الوزارة لممارسة الصلاحية المبحوث عنها⁽¹⁾.

وجاء في حكم آخر لها بأنه "أما قانون العمل فلم ينص في الفصل الثالث عشر على أن للوزير أن يفوض الوكيل، والقاعدة أنه إذا أناط القانون شخصاً ما صلاحية، فلا يجوز له تفويض غيره بممارستها؛ إلا إذا ورد نص خاص على التفويض، ولذلك ليس لوزير العمل أن يفوض وكيل الوزارة بتولي صلاحياته بخصوص النقابات لعدم وجود نص، وحيث إنه يستفاد من الكتابين الصادرين عن وكيل الوزارة تحت عنوان "عن وزير العمل" بأنه قصد فصل المستدعي من لجنة إدارة النقابة؛ لأنه حكم بجريمة الرشوة، وهو غير مخول قانوناً بذلك، فيكون قد خالف القانون⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث أن القضاء الإداري الأردني لم يأخذ بتطبيق الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع كونه من ظاهر الحكميين السابقين اعتبر جميع التصرفات المترتبة على هذا التفويض باطلة، مما يستفاد منه عدم الأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع.

- موقف القضاء المصري:

جاء القضاء الإداري المصري يرفض الأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض غير المشروع، إذ اعتبر مجلس الدولة المصري أن القرار الصادر بناء على تفويض غير مشروع هو قرار باطل ومشوب بعدم الاختصاص، وفي أحوال أخرى عدته معدوماً لا أثر له، حيث جاء بحكم لها بأن "المرسوم بقانون رقم (35) لسنة 1931، أعطى اختصاصات بصفة لمدير عام مصلحة السكة الحديدية بالنسبة لطائفة من موظفيها بالمخالفة للقانون الذي لا يجيز التفويض في هذه الاختصاصات، بل يتعين أن يباشر الاختصاصات من عينة القانون بالذات، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه الصادر من سكرتير عام مصلحة السكة الحديدية بفصل المدعي ينطوي على نوع من اغتصاب للسلطة"⁽³⁾.

(1) عدل عليا رقم 1954/18 مجلة نقابة المحامين 1954، (ص364).

(2) عدل عليا رقم 1978/80 مجلة نقابة المحامين 1979، (ص174).

(3) حكم القضاء الإداري في 5 يناير 1954. مجموعة السنة الثانية (ص373).

وعليه يرى الباحث أن القضاء الإداري المصري لم يأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في إطار التفويض غير المشروع.

- موقف القضاء الفرنسي:

القضاء الفرنسي فرق في نطاق تطبيق نظرية الموظف الفعلي بين حالتين دون وجود تفويض بالكلية، وحالة بطلانه⁽¹⁾، فالقرار الصادر من المروّوس دون وجود تفويض من رئيسه في ذلك يعد باطلاً إذا تم الطعن فيه لصدوره عن غير مختص في إصداره، وعليه اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار الاستيلاء الصادر عن السكرتير العام للمحافظة باطلاً، لأنه لم يفوض في ذلك، وعليه لم يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموظف الفعلي؛ لأن من وقع في الغلط بالنسبة لصفة مصدر القرار ليس معذوراً في غلطة، ولكنه قد اعترف بصحة بعض التصرفات رغم صدورها من موظف غير مفوض بإصدارها استناداً إلى فكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، وليس على أساس نظرية الموظف الفعلي في بعض الحالات⁽²⁾.

إلا أنها أخذت بنظرية الموظف الفعلي في ظل عدم مشروعيتها، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في 7 أغسطس 1883 بنقض حكم محكمة السين⁽³⁾ وعدت العقود صحيحة، ونتجته لآثارها⁽⁴⁾ استناداً إلى أن العمدّة يتمتع بسلطة التفويض الاختياري فيمن يعهد إليه الموظف محل الحكم لدى حدوث مانع لديه، ذلك وفقاً للقوانين القديمة، فضلاً عن أن القوانين اللاحقة لا تتضمن نصاً يقضي بالبطلان في حالة التفويض المخالف لها⁽⁵⁾، وقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات التي انصبّت على الأساس الذي يقوم عليه من جانب الفقه الفرنسي.

⁽¹⁾E. Jouve, Recherches sur la notion d'apparence R.D.P. 1968. (P322).

مشار إليه الحل، نظرية الظاهر في القانون الإداري (ص71).

⁽²⁾ الحل، نظرية الظاهر في القانون الإداري (ص72).

⁽³⁾ إذا قضت محكمة السين ببطلان العقود الصادرة عن مستشار البلدية استناداً إلى أن المستشار البلدي لم يكن مفوضاً تفويضاً مشروعاً من جانب العمدّة، وفاتهم ميعاد الطعن بالنقض، وحاز الحكم صحية الشيء الفض به وتدخل وزير العدل وقدم طعناً بالنقض باسم القانون لتقاضي النتائج الخطرة التي تترتب على بطلان هذه العقود فيما يتعلق بشؤون الأسرة ونسب الولادة.

يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص8).

⁽⁴⁾ بطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص99). الحل، القانون الإداري (ص435).

⁽⁵⁾ الحل، القانون الإداري (ص435).

وعليه يرى الباحث أن القضاء الفرنسي ميز بين انعدام وجود التفويض واعتبر ما يترتب عليه من تصرفات باطلاً، ومنه عدم الأخذ بنظرية الموظف الفعلي هنا في نطاق التفويض غير المشروع، وقد أخذ به في ظل وجود تفويض باطل، وذلك لأنه من غير المعقول أن يقوم الأفراد المتعاملون مع الموظف المفوض تفويضاً باطلاً التثبت أنه موظف قانوني، وبذلك قيام الظاهر وعليه الاعتراف بنظرية الموظف الفعلي في ظل التفويض غير المشروع، ونفاذ التصرفات المتعلقة بالغير؛ حماية لهم متى توافر حسن النية لديهم.

2- موقف الفقه من التفويض غير المشروع:

- موقف الفقه الفلسطيني والأردني:

بالرجوع إلى الفقه الفلسطيني لم يعثر الباحث على أي رأي فقهي فلسطيني حول نظرية الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع. وكذلك لم يعثر على رأي فقهي أردني في ذات السياق، إلا أنه يرى أنه ما دام القضاء الأردني قد اعترف بنظرية الموظف الفعلي في تطبيقات أخرى أكثر جسامة ومخالفة من ممارسة الوظيفة العامة بطريقة غير مشروعة من خلال التفويض الباطل غير المشروع، ومن ذلك اغتصاب السلطة، فإنه من الأولى الاعتراف بحالة الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع في النظام القانوني القائم في الأردن، ومنه الأخذ بأحكام ذلك، وتنظيم هذه النظرية في نطاق أحكام القانون الفلسطيني، والأحكام القضائية الفلسطينية، لاسيما أن قطاع غزة من أحد أهم النماذج التي أفرغت التطبيق الفعلي والعملي لنظرية الموظف الفعلي بكل تطبيقاتها.

وإن كان الباحث يرى إمكانية استبعاد الأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع كونه يستند في وجوده على نص قانوني يميز ذلك ولا يعذر بجهل القانون إلا في الأحوال التي قررها القانون، والتي فقط في نطاقها يمكن الأخذ بتطبيق الموظف الفعلي في إطار التفويض غير المشروع.

- موقف الفقه المصري:

أخذ الفقه المصري بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع، إذ يرى أنه شبيه لحالة التعيين غير المشروع، وعليه فإن المركز القانوني للموظف المفوض إليه تفويضاً غير مشروع هو شبيه كذلك بالمركز القانوني للموظف المعين تعييناً غير مشروع، وعليه يرى الفقه المصري أنه لا خير من تطبيق نظرية الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع، وبذلك يكون قد خالف رأى مجلس المشروع، وذلك بتبرير قيام الظاهر حماية

الغير حسن النية، إذ يصعب عليهم العلم بعدم الشرعية لهذا التفويض كونه عيب غير ظاهر⁽¹⁾.
لاسيما في ظل وجود شهادة صحة الاختصاص؛ لأن المفوض إليه يكون عادة من كبار الموظفين التاليين للمفوض في الدرجة⁽²⁾.

وعليه أجمع الفقه المصري على اعتبار التصرفات الصادرة عن المفوض حسن النية تفويضاً غير مشروع في مواجهة الغير حسن النية تصرفات مشروعة وسليمة؛ حماية للأفراد المتعاملين مع الإدارة بحسن نية⁽³⁾، وهو ما يؤيده الباحث لاسيما في ظل اتساع تدخل الإدارة في مختلف جوانب الحياة، ولما في ذلك من ضمان لسير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومحافظة على ثقة الأفراد بالسلطة العامة.

ذلك في ظل وجود واجب قانوني على عاتق الإدارة يتجسد في التثبيت من قيام الموظفين بمزاولة اختصاصاتهم وفق القانون، وتوافر السند الصحيح لذلك وعليه كان لازماً اضعاف الشرعية على التصرفات التي قام بها المفوض إليه حماية الغير حسن النية⁽⁴⁾.

- موقف الفقه الفرنسي:

انقسم الفقه الفرنسي حول تطبيق نظرية الموظف الفعلي في نطاق التفويض غير المشروع بين مؤيد ومعارض وذلك على النحو التالي:

• الاتجاه المؤيد:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ليس ثمة اختلاف بين حالة التفويض غير المشروع والتعيين الباطل⁽⁵⁾، ولا يوجد بناء على ذلك ما يسوغ بطلان التصرفات التي تترتب على التفويض غير المشروع، لاسيما إن توافرت المظاهر الدالة على ظهور الموظف أو الجهة المفوض إليها

(1) المتولي، نظرية التفويض الإداري (ص441). الطماوي. القانون الإداري (ص391). خليل، القانون الإداري (ص404). يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص15).

(2) الحلو، القضاء الإداري (ص317).

(3) الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري (ص71).

(4) مجدي يوسف عز الدين، الأساس القانوني (ص22).

(5) JJD. Sata, Contribution a La theorie des nullities des actes administratifs unilateraux, these op Cit. (p73).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص102).

بالمظهر القانوني، وعليه ليس هناك مبرر يستدعي قصر تطبيق نظرية الموظف الفعلي على حالات التعيين الباطل وعدم اشتمالها التفويض غير المشروع⁽¹⁾.

• الاتجاه المعارض:

رفض الاتجاه الآخر من الفقه الفرنسي اعتبار التفويض غير المشروع أحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي ذلك لضرورة التفرقة بين التفويض الباطل والتعيين الباطل، فمن الجانب النظري فإن التفويض الباطل يكون الموظف المختص موجوداً لجانب الموظف المفوض إليه، وبالتالي فإن قيام الأخير بمباشرة اختصاص الموظف الأصيل بناء على تفويض باطل، فإن ذلك يشكل اعتداء على اختصاص الموظف الأصيل.

وعليه يكون من السهل إلغاء هذه التصرفات لعدم الاختصاص، ولا توجد أي ضرورة تستدعي الإبقاء عليها في ظل وجود الموظف المختص، على خلاف تعيين أحد الأشخاص في وظيفة ما تبين بعد ذلك بطلان سند تعيينه لأحد الأسباب القانونية، فإنه يكون من الواجب الإبقاء على التصرفات التي أبرمتها كونه هو الوحيد الذي مارس أعباء هذه الوظيفة ما دام قد توافر الظاهر بأنه موظف عام يقوم بممارسة عمله بالشكل الصحيح⁽²⁾.

ويرجع بعض الفقه من ذات الاتجاه المعارض انعدام تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل يرجع لسهولة علم الغير بعدم مشروعيته، وبالتالي لا يكون لهم الاحتجاج بعدم العلم بحقيقة الأمر قانوناً⁽³⁾.

⁽¹⁾Thersine, La nomination des agents public en droitfrançais these. PARIS, 1981. (p382).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص102).

⁽²⁾ البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص104).

⁽³⁾G. Vepel, droit administrative. 1976. (p585).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص104).

الفرع الرابع: بطلان قرار نقل الموظف.

تفرض مقضيات المصلحة العامة نقل الموظف العام للاستفادة من خبراته أو خدماته إلى موقع إداري آخر نقلاً نوعياً⁽¹⁾، أو مكانياً⁽²⁾، حفاظاً على المصلحة العامة، وحسن توزيع العاملين بالمرافق العامة دون المساس بمصلحة الموظف العام ذاته⁽³⁾.

حيث تملك سلطة التعيين التي هي ذاتها سلطة النقل سلطة تقديرية في نقل الموظفين العموميين، إلا أنها سلطة مقيدة، ليست مطلقة إذ قيدها المشرع بمصلحة الموظف ذاته بآلاً يمس قرار النقل بترقية الموظف أو بأي من حقوقه، كما وتطلب القضاء أيضاً ألا يكون قرار النقل مشوباً بإساءة استعمال السلطة⁽⁴⁾.

إذ لا يجوز نقل الموظف إلى وظيفة أخرى أقل درجة إلا بناء على موافقته الخطية ودون أن يؤثر ذلك على أقدمية في الدرجة، أو حقه في الترقية، كما لا تسمح المبادئ العامة بأن يكون القصد من نقل الموظف معاقبته تأديبياً أو أي سبب آخر، لا علاقة له بالمصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، وإلا كان القرار مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة، ويتعين إلغاؤه قانوناً⁽⁵⁾.

وعليه فإنه وفق الأصل القانوني أن تم إلغاء قرار النقل لمخالفته أحد القيود السابقة يتم إلغاؤه لأن التصرفات التي صدرت من الموظف المخاطب بالقرار استناداً لصدورها من موظف لا تتوافر فيه الولاية الوظيفية اللازمة للقيام بها، وذلك لقيام عيب عدم الاختصاص.

(1) يقصد بالنقل المكاني تغيير مكان عمل الموظف من مكان إلى آخر مع ممارسته لذات الوظيفة التي كان يمارسها سواء أكان النقل داخل الدائرة التي يعمل فيها الموظف أم خارجها.

غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص461).

(2) يقصد بالنقل النوعي أن يسند إلى الموظف وظيفة أخرى غير وظيفة الأهلية التي تم تعيينه فيها من حيث الدرجة أو الأقدمية أو المراتب سواء كان النقل داخل الوحدة الإدارية التي كان يعمل بها أم إلى أخرى.

غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص462).

(3) عرفت محكمة العدل العليا نقل الموظف بأنه "فك ارتباط الموظف من الدائرة المنقول منها وريطه بالدائرة المنقول إليها بحيث يصرف رابته وتصدر القرارات المتعلقة به من قبل هذه الدائرة.

قرارها رقم 151 لعام 1966، مجلة نقابة المحامين، عدد 6 لعام 1967، (ص14).

(4) الحل، القانون الإداري (ص269).

(5) المواد (57، 58، 59، 60) من قانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998م وتعديلاته.

إلا أن الباحث يرى أنه يمكن اعتبار بطلان قرار نقل الموظف العام حالة تشابه حالة عدم الاختصاص ببطلان سند شغل الوظيفة العامة، ومنه تعد أحد حالات قيام نظرية الموظف الفعلي، وذلك أن بطلان قرار النقل أمر غير ظاهر، لا يكون اكتشافه ظاهرياً من قبل المتعامل مع الموظف الذي شاب قرار نقله البطلان، ومنه توافر الظاهر، الأمر الذي يترتب عليه نفاذ التصرفات الصادرة عنه استناداً لقيام الظاهر وذلك حماية الغير حسن النية.

إذا كان من المتعذر عليه العلم بعدم شرعية شغل الموظف للوظيفة⁽¹⁾، وذلك لقيام الظاهر وتحققه في هذا التطبيق الذي يرى فيه الفقه التالي:

1- موقف الفقه من بطلان قرار نقل الموظف:

- موقف الفقه الفلسطيني:

لم يجد الباحث في نطاق الفقه الفلسطيني ما يشار إليه في نطاق نظرية الموظف الفعلي ما يتعلق بتطبيق بطلان نقل الموظف العام شأنه في ذلك شأن باقي تطبيقات نظرية الموظف الفعلي قضاءً ومنه فقهاً وقضاءً.

- موقف الفقه المصري:

يرى بعض الفقه المصري أنه إذا ما قام الظاهر، وكان من المتعذر على الغير العلم بعدم مشروعية الموظف لبطلان قرار النقل، وتوافرت بشروط نظرية الموظف الفعلي، ذلك باستمرار الموظف في مباشرة أعماله الوظيفية رغم بطلان قرار النقل، فإن التصرفات الصادرة عنه تعد سليمة ومرتبطة لآثارها القانونية إعمالاً لنظرية الموظف الفعلي في هذا النطاق⁽²⁾.

- موقف الفقه الفرنسي:

جاء موقف الفقه الفرنسي مؤيداً لتطبيق بطلان قرار نقل الموظف العام الذي تقوم خلاله نظرية الموظف الفعلي لقيام الظاهر، وذلك تأسيساً على فكرة التبادل الباطلة لبطلان قرار التعيين في أساسه، حيث إنه إذا تم نقله بالتبادل بين الموظفين بناء على طلب منهم، أو الإدارة ثم تبين بعد مباشرة الأعمال والتصرفات ذات الصلة بالوظيفة بطلان قرار التعيين لأحدهم أو كليهم، وجب بطلان التصرفات الصادرة عنهم متى تم تقرير بطلان التعيين، إلا أنه وحماية

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص34-35).

(2) يوسف عز الدين، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص40).

للغير لقيام الظاهر في جانب هذه الحالة تكون التصرفات الصادرة عنهم نافذة قانوناً لقيام نظرية الموظف الفعلي حماية الغير حسن النية⁽¹⁾.

وقد أضاف الفقه في هذا الجانب حالة بطلان تبادل الوظيفة نظراً إلى الاختلاف بقاعدة التعادل في الدرجة والراتب إلا الذي يوجب قضاء إلغاء هذا التبادل، ومنه بطلان جميع التصرفات القانونية التي صدرت قبل تقرير بطلان قرار التبادل لصدورها عن غير مختص، ذلك لانعدام الولاية اللازمة لإصدارها، إلا أن الفقه أضفى صفة الشرعية على هذه التصرفات قبل إلغاء التبادل لقيام الظاهر ومنه نظرية الموظف الفعلي، ذلك لظهور الموظف في حالة النقل بالتبادل غير الصحيح يظهر بمظهر الموظف المختص الذي من المتعذر العلم بحقيقة مركزه، ذلك بالإضافة إلى أن النقل بالتبادل هو بمثابة تعيين جديد يصعب على الأفراد العلم بعدم مشروعيته⁽²⁾.

2- موقف القضاء من بطلان قرار نقل الموظف:

- موقف القضاء الأردني:

يرى القضاء الأردني في ظل انعدام وجود أحكام قضائية تتعلق بالموظف الفعلي في القضاء الفلسطيني - من خلال محكمة العدل العليا أنه "لا يرد القول إن مباشرة الموظف الذي تقرر نقله من عمله إذ عانى مسقطاً لحقه في الطعن بقرار النقل، إذ إن عدم امتثاله لقرار النقل يجعله في وضع يفقده وظيفته وفقاً لحكم المادة (1/152) من نظام الخدمة المدنية، إضافة إلى أن المستدعي قد احتفظ عند تنفيذه القرار بحقه بالطعن، أجازت المادة (63/أ) نظام الخدمة المدنية رقم (1998/1) مبدأ نقل الموظف أو انتدابه من وظيفة إلى وظيفة أخرى في الدائرة نفسها، وقد اشترطت الفقرة (ب) من تلك المادة أن تراعي مصلحة الدولة وضمان حسن سير العمل في دوائرها، كما اشترطت الفقرة (ج) من المادة ذاتها أن يتم تبليغ الموظف المنقول أو المنتدب قرار النقل أو الانتداب قبل التاريخ المحدد تنفيذاً بمهلة مناسبة وفي جميع الأحوال لا يجوز نقل الموظف أو انتدابه إلى وظيفة تقل درجتها عن درجة وظيفية الأصلية، أو عليه فإن

(1)T. Rousseau, essai d'une theorie de la fonction des fonctionnaires de fait PARIS 1914 (p53).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص106).

(2)L, Ledouxl. Essai d'une theorie sur la fonction de fait revus generale d' administration 1912. (p411).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص107).

صدور قرار نقل الموظف واعتبار قرار النقل نافذاً من ذلك التاريخ دون إعطاء الموظف مهلة مناسبة لتدبير أموره يكون قد أغفل الحكمة والمصلحة التي ابتغاها المشرع من النص على هذه المهلة، ويكون القرار الطعين قد صدر خلافاً لحكم المادة (63/ج) من نظام الخدمة المدنية ومستوجب الإلغاء⁽¹⁾.

وعليه يرى الباحث عدم تطرق الحكم لشرعية التصرفات الصادرة عن الموظف قبل إبطال قرار النقل لعدم مشروعيتها، وعليه اعتبارها نافذة قانوناً لعدم إبطالها، ومنه فإن القضاء الأردني قد أخذ تطبيق بطلان نقل الموظف كأحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي لعدم تقريره البطلان للتصرفات الصادرة عن الموظف المخاطب بقرار النقل الباطل ضمناً.

- موقف القضاء المصري:

لم تتطرق أحكام مجلس الدولة المصري للتصرفات المتصلة بالموظف الذي تقرر بطلان قرار نقله، وذلك خلال الفقرة السابقة لتقرير البطلان الأمر الذي يستفاد منه الإقرار الضمني لصحة تلك التصرفات، ذلك لأنه لو أراد تقرير البطلان لها لفعل؛ إلا أنه أراد تقرير المشروعية لها لاتصالها بمصلحة كبير ألا وهي حسن سير المرفق العام وحماية الغير حسن النية⁽²⁾.

حيث قضت في الحكم الصادر في 11 يوليو 1972 "بعدم مشروعية قرار النقل الصادر في 28 ديسمبر 1965 لأن من شأنه تفويت الفرصة في الطاعن في الترقية"⁽³⁾.

وقد قضت في حكم آخر لها "بعدم شرعية قرار الترقية الذي تصدره الجهة المنقول منها خلال فترة النقل رغم عدم تنفيذ قرار النقل، أو استمرار الموظف في العمل بالجهة المنقول منها"⁽⁴⁾.

وعليه يرى الباحث أن القضاء المصري شأنه شأن القضاء الأردني لم يُشر في أحكام بطلان القرار الإدارية المتعلقة بالنقل الباطل بطلان التصرفات الصادرة عن الموظف المخاطب بقرار النقل الباطل الذي تقرر بطلانه، وذلك على خلاف الأصل القانوني الذي يقوم على إبطال

(1) عدل عليا رقم 98/494، مجلة نقابة المحامين، عدد 6، سنة 1999 (ص1701).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص37-38).

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم (1154). مجموعة الخمسة عشر عاماً من سنة 1965 حتى سنة 1980. الجزء الرابع (ص3859).

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم (1154). مجموعة الخمسة عشر عاماً من سنة 1965 حتى سنة 1980. الجزء الرابع (ص3753).

كل التصرفات السابقة لتقرير البطلان، وذلك إنفاذاً للأثر الرجعي للقرار الباطل، إلا أن القضاء لم يرد ذلك لعدم تقريره البطلان لتلك التصرفات ومنه اعتبرها ضمناً صحيحة وناذرة قانوناً؛ منعاً للتعرض لمصلحة الغير حسن النية، وعرقلة حسن سير المرافق العامة أساساً والمراكز التي ترتبت عليها.

ومنه يرى الباحث أن كل من القضاء المصري والأردني أخذ بتطبيق بطلان نقل الموظف العام كأحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي، الذي كان على الفقه الفلسطيني تناولها لاسيما أن قطاع غزة يُعدُّ أرضاً خصبة، ومرتباً حقيقياً لمظاهر الموظف الفعلي وتطبيقاته.

المطلب الثاني

تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

الاستقرار صفة غير دائمة، إذ تفرض بعض الظروف الاستثنائية وجودها كحدوث حالة من خطر جسيم حال أو أكيد، أو حروب، أو انتشار الأوبئة، أو المجاعات، أو العصيان، أو الانقلابات الداخلية في الدولة، وغيرها من الحالات الاستثنائية التي تعمل على تفصيل أعمال القوانين العادية، ومنه تعطيل المرافق العامة، وتوقفها عن تقديم خدماتها، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل المصلحة العامة؛ نتيجة شغور الوظائف العامة من الموظفين العموميين القائمين على تسيير المرافق العامة⁽¹⁾.

الأمر الذي يفرض تقلد أشخاص آخرين للوظائف العامة دون صدور قرار بتعيينهم من جهة الاختصاص وفق الأصول القانونية الواجبة، ذلك لتسيير المرافق العامة لاسيما الحيوية منها تحقيقاً للمصلحة العامة⁽²⁾.

إذ أجاز القضاء الإداري تدخل الأفراد في أعمال الإدارة، واعتبار ما يصدر عنهم من تصرفات نافذة قانوناً متى كان ذلك في ظل الظروف الاستثنائية، بمبرر ضمان حسن سير المرافق العامة، لا لتوافر الظاهر لانعدامه في هذه الأحوال، ذلك لعلم العامة بعدم صدور قرار تعيين هؤلاء الأفراد لتقلد الوظائف العامة⁽³⁾، ومع ذلك تعاملوا معهم، وعُدت التصرفات الصادرة عنهم قانونية، كما لو صدرت عن الموظف العام القانوني، وذلك في إطار الظروف الاستثنائية الذي يقصد بها "مجموعة الحالات الواقعية التي تتطلب على أثر مزدوج يتمثل أولهما: في وقف سلطان القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة، وثانيها: في بدء خضوع تلك القرارات لمشروعية استثنائية خاصة أو استثنائية يحدد القضاء الإداري فحواها ومضمونها⁽⁴⁾.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب على التفصيل التالي:

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص94).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص28).

ويقصد بالمرافق الحيوية: المرافق التي لا يستغنى عنها في الدولة مثل مرفق القضاء والتعليم والصحة والمياه والكهرباء وغيرها من مرافق أساسية في وجود الحياة واستمرارها.

(3) الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاءً (ص528).

(4) J. Rivero: droit administratif 1983. (p85).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص111).

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من نظرية الظروف الاستثنائية.

نظراً لاختلاف حالة وجود الموظف الفعلي في إطار الظروف العادية التي تقوم أساساً على فكرة الظاهر وفقاً لما هو مستقر عليه في الظروف الاستثنائية التي تقوم على فكرة ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ذلك لعلم العامة بعدم صدور قرار بالتعيين لمن يشغل الوظائف العامة في ظل الظروف الاستثنائية، إذ يعلمون مسبقاً بأنهم ليسوا موظفين عموميين قانوناً، وعليه سيتناول الباحث هذه النظرية في هذا الفرع من حيث استعراض موقف كلٍّ من الفقه والقضاء من الظروف الاستثنائية في إطار نظرية الموظف الفعلي على النحو التالي:

أولاً: موقف الفقه.

لم يتم العثور على أي رأي فقهي للفقه الفلسطيني في نطاق نظرية الموظف الفعلي، وذلك في إطار الظروف الاستثنائية، وقد ذهب الفقه المصري في ظل عدم التعرض لمفهوم الظروف الاستثنائية في نطاق نظرية الموظف الفعلي على أساس أنها لا تختلف في ذلك عن نظرية الظروف الاستثنائية أساساً⁽¹⁾ إلا أن الظرف الاستثنائي في ظل نظرية الموظف الفعلي يشمل كل ظرف من شأنه تهديد انتظام الحياة الإدارية⁽²⁾.

وأضاف آخرون بأنه "كل ظرف من شأنه أن يحول بين الإدارة وبين قيامها بواجباتها المتعلقة بالمحافظة على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد"⁽³⁾.

ويرى البعض الآخر أن مفهوم الظرف الاستثنائي لا يقتصر وفقاً لما يراه البعض على الحروب والثورات، بل يمتد ليشمل حالات التمرد والتوتر الدولي، وانتشار الأوبئة والفيضانات وإضراب عمال المرافق العامة وغيرها من الأسباب التي من شأنها تهديد استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽⁴⁾.

ويرى الفقه الأردني بأن الظرف الاستثنائي هو مجموعة الحالات الواقعية التي تتطوي على أثر مزدوج يتمثل الأول منهما في وقف سلطات القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة، والآخر يتجسد في بدء خضوع تلك القرارات لمشروعية استثنائية خاصة، أو استثنائية يحددها

(1) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص201).

(2) شحاتة، مبادئ القانون الإداري (470).

(3) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص279).

(4) داير، الحكومة الفعلية (ص94).

القضاء الإداري مضموناً⁽¹⁾، ويرى أن هذا الظرف في إطار نظرية الموظف الفعلي لا يقتصر على الحروب الخارجية؛ بل تشمل كل الظروف التي تكتسب الصفة الاستثنائية، كالحروب الأهلية، وفترات الفوضى السياسية العارمة⁽²⁾.

ويرى الفقه الفرنسي في هذا الخصوص أنه من الصعب بيان المقصود من الظروف الاستثنائية، وذلك لارتباطه في الواقع المتغير، فما يعد ظرفاً استثنائياً في بعض الظروف قد لا يعد كذلك في ظروف أخرى، وبه فهو مسألة واقع، ويحدد البعض الآخر من الفقه أن المقصود من الظرف الاستثنائي كل حالة تقتضي إحلال الشرعية الاستثنائية محل الشرعية العادية، لضمان سير العجلة الإدارية دون توقف أو اضطراب⁽³⁾.

ويرى الباحث أن الظرف الاستثنائي في ظل نظرية الموظف الفعلي هو الظرف الذي يبرر إضفاء المشروعية على تصرفات الموظف الفعلي ضماناً لسير المرافق العامة الحيوية، في ظل تعطل القوانين العادية السارية في ظل الظروف العادية.

ثانياً: موقف القضاء.

لم يتناول القضاء الفلسطيني نظرية الموظف الفعلي عموماً، ومن ذلك نظرية الموظف الفعلي في إطار الظروف الاستثنائية، ذلك على خلاف ما أخذ به القضاء المصري، إذ رخص للإدارة في مثل هذه الظروف مخالفة أحكام القانون النافذة للقيام بواجبها⁽⁴⁾.

وقد اشترط مجلس الدولة المصري لقيام نظرية الموظف الفعلي في جميع الأحوال توافر الظروف الاستثنائية دون بيان المقصود بهذا الظرف⁽⁵⁾.

وقد أخذ القضاء الأردني بتطبيق الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في حكم صادر عن محكمة التمييز الأردنية، معتبراً ما صدر عن كاتب المحكمة صحيحاً قانوناً ومشروعاً نظراً

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص99).

(2) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص752).

(3) J.M Bolle, le principe de continuité des services publics, these paris. 1975 (p192).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص114).

(4) حكم لمحكمة القضاء الإداري صادر في 28 مارس 1961، للقضية رقم 1276 لسنة 13 ق. مجموعة للسنة الخامسة عشر (ص177).

(5) حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في 29 نوفمبر 1964. مجموعة السنة العاشرة. القضية رقم 1390 لسنة 7ق. (ص2100).

للظرف الاستثنائي، حيث جاء في حكمها بأنه "إن تصديق نسخ الحكم المرفق بلائحة التمييز من موظف بالنيابة عن رئيس كتاب محكمة الاستئناف، وليس من قبل رئيس الكتاب بالذات مخالف لشرط المادة (1/244) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية والفقرتين (ب، ج) من المادة الثانية من نظام أصول استئناف، تمييز قضايا ضريبة الدخل رقم (47) لسنة 1982، وأن تكليف أحد كتاب المحكمة بهذا العمل على الوجه السالف الذكر هو تكليف غير قانوني، لأن رئيس المحكمة لا يملك مثل هذه الصلاحية. إلا أن يغاب رئيس الكتاب عن مركز عمله في آخر أوقات الدوام الرسمي من اليوم الذي يصادف آخر يوم من المعيار القانوني لتقديم التمييز في هذه القضية بعد حالة من حالات الضرورة التي لا ذنب للوكيل في قيامها، حيث لا بد من لديه في اللجوء إلى غير هذا الموظف للقيام بإجراءات تصديق نسخ الحكم الاستثنائي في آخر لحظات المعيار القانوني لتقديم التمييز؛ وإلا فاته المعيار حتماً، وعليه فإن الإجراءات التي قام بها الكاتب المكلف من رئيس المحكمة هي إجراءات مقبولة لاستيفاء شروط الشكل في تقديم التمييز باعتبار أن الكاتب أصبح بحكم رئيس الكتاب الفعلي إزاء هذا الظرف الاستثنائي⁽¹⁾.

وقد أخذ القضاء الفرنسي متمثلاً بمجلس الدولة الفرنسي بتطبيق الموظف الفعلي في إطار الظروف الاستثنائية، لاسيما الظروف التي تختفي فيها السلطات الشرعية التي تقوم بإدارة المرافق العامة ضماناً لسير المرافق العامة.

حيث جاء في أحد أحكامها في دعوى السيد (LECOQU) التي تخلص وقائعها بـ "قيام اللجنة التي شكلها عمدة أحد الأقاليم بفرض ضرائب على الصفقات التجارية والصناعية لعدم كفاية الموارد المتاحة لذلك الإقليم خلال احتلال الألمان له، وكان مثل ذلك الإجراء يستلزم موافقة المجلس البلدي الذي هرب أعضاؤه على أثر دخول الألمان للإقليم، فقام العمدة بتشكيل لجنة محلية لإدارة شؤون البلدية دون أن يكون هناك تشريع يجيز للعمدة تشكيل مثل هذه اللجنة التي استعان بها في إدارة شؤون الإقليم، ورغم ذلك فإن مجلس الدولة أجاز التصرفات الصادرة عن هذه اللجنة والخاصة بفرض الضرائب نظراً لعدم كفاية الموارد المتاحة، لتلبية حاجات الإقليم وسير مرافقه العامة في إشباع الحاجات الأساسية للمواطنين، وتوفير ما يحتاجونه من مواد غذائية⁽²⁾.

⁽¹⁾ محكمة تمييز حقوق. مجلة نقابة المحامين. قرار رقم (1985/633) سنة 1985، (ص110).

⁽²⁾ C. E, 7 janv, 1944. LECOQU, rec. (p5) R.D.P 1944. (p331) Concl LEONARD.

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص116).

وعليه يرى الباحث أن القضاء في النظم المقارنة قد أخذ بتطبيق الموظف الفعلي في إطار الظروف الاستثنائية، شريطة توافر الظروف الاستثنائية ومقومات هذه النظرية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نماذج نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية.

تتعدد مظاهر وجود الموظف الفعلي في نطاق الظروف الاستثنائية تبعاً لاختلاف الظروف الاستثنائية من واقعة إلى أخرى، والتي قد يوجد في نطاقها الموظف الفعلي، ومنها المجلس الفعلي، وقيادات العصيان، والتفويض الضمني في الظروف الاستثنائية، والموظف الفعلي الوحيد في المنطقة، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: المجلس الفعلي.

تفرض بعض الظروف الاستثنائية لاسيما الحروب والكوارث الطبيعة وغيرها من ظروف دفعت بالسلطة الشرعية للهروب من البلاد، ومنه شغور المرافق العامة من الموظفين العموميين، وقيام آخرين بتشكيل اللجان، أو تولي الإدارات لتسيير المرافق العامة لتحقيق المصلحة العامة، بإصدار القرارات، وإبرام التصرفات القانونية تحقيقاً لذلك.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا التطبيق لنظرية الموظف الفعلي في إطار الظروف الاستثنائية التي أعدت بالبلاد نتيجة الاحتلال الألماني في بداية الحرب العالمية الثانية 1940. حيث قضى بصفة التصرفات والإجراءات التي اتخذتها لجنة مكونة من عدد من الأفراد العاديين للعمل مكان المجلس البلدي لمدينة "ماريون" ذلك للهروب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية، حيث قامت اللجنة حرصاً على سير المرافق العامة بالاستيلاء على البضائع والأغذية، وتوريدها إلى السكان، إذ تم الطعن بهذه التصرفات أمام مجلس الدولة لعدم المشروعية لصدور التصرفات والإجراءات من المجلس الفعلي على أساس انعدام السند القانوني في مزاولته هذه الاختصاصات، وقضى مجلس الدولة شرعية هذه التصرفات والإجراءات نظراً إلى الظروف الاستثنائية التي تمر بها هذه المدينة⁽²⁾.

وهو ذات الحكم الصادر بشرعية التصرفات الصادرة عن المجلس الفعلي المشكل من الأفراد العاديين بخصوص دعوى السيد (LECOQU) المشار إليه مسبقاً في هذه الدراسة.

(1) يشترط لقيام نظرية الظروف الاستثنائية تحقق فكرة الضرورة في ظل صعوبة تسيير المرافق العامة طبقاً لقواعد المشروعية العادية في ظل وجود حالة الاستعجال. لمزيد من التفاصيل راجع غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص135-138).

(2) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص204).

ثانياً: موظفو قيادات العصيان والثورات الداخلية.

نتيجة تعارض الأفكار والمبادئ بين الحكومة القائمة قانوناً والأحزاب أو الجهات المعارضة لها، تقوم الثورات الداخلية أو ما يعرف بالعصيان الذي قد ينتهي بالنجاح، وذلك بالسيطرة الكاملة للحكم أو قد ينتهي بالفشل فيُعدُّ القائمون عليه مغتصبين للسلطة⁽¹⁾.

إذ يُعدُّ كلٌّ من القضاء الفرنسي والمصري هؤلاء الموظفين موظفين فعليين، وعليه تُعد الأعمال الصادرة عنهم نافذة قانوناً، وذلك كأحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في إطار الظروف الاستثنائية على اعتبارها حالة استثنائية يبرر تصرفات موظفي قيادات العصيان والثورات الداخلية بمبرر ضمان سير المرافق العامة، الذي يعد أساس نظرية الموظف الفعلي في نطاق الظروف الاستثنائية، وهو ما أجمع عليه الفقه، واعتمده مبرراً وأساساً لصحة تصرفات موظفي قيادات العصيان والثورات الداخلية⁽²⁾.

ذلك لأن تفصيل التصرفات الصادرة عن موظفي حكومة الثورة الفاشلة سيؤدي إلى أضرار جسيمة تمس الصالح العام، ومن ذلك تعطيل المرافق العامة أساساً⁽³⁾.

ويرى الباحث أن هذه الحالة يمكن تطبيقها على واقع قطاع غزة لاسيما وبعد سيطرة حماس على القطاع وتشكيل الحكومة الفعلية نتيجة الانقلاب على نتائج الانتخابات 2006، ومنه شغور الوظائف العامة في جانب منها من الموظفين العموميين وإحلالها بموظفين آخرين لهم، وبعد انعقاد المصالحة يكون اعتبار تلك الفترة فترة قامت بها ظروف استثنائية، وهي الثورة التي باءت بعدم السيطرة الكاملة على كل الوطن، ومنه القضاء على الحكومة الشرعية مبرر لصحة التصرفات الصادرة عن موظفين القيادة الشرعية التي جاءت عن طريق صناديق الانتخابات.

مع اعتبار قيادات العصيان أو الثورة بمثابة مغتصبين للسلطة اكتسبوا صفة الموظف العام نتيجة قيام الظروف الاستثنائية واستمرارية التعامل معهم من الشعب دون اعتراض بالارتباط مع ضرورة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومنه اكتسابهم الحقوق وتحملهم

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص330).

(2) الشرقاوي، القانون الإداري (ص135). بدوي، القانون الإداري (ص57). شطناوي، القانون الإداري الأردني (752).

(3) أبو راس، القضاء الإداري (ص261). الطماوي، القانون الإداري (ص392).

الالتزامات المقررة قانوناً، وفقاً للآثار المترتبة على نظرية الموظف الفعلي، التي سوف يتم تناولها في المبحث الثاني من الفصل الثاني من الدراسة.

ثالثاً: التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية.

الأصل القانوني في التفويض أنه لا يكون إلا بنص، وإلا كان معيباً لصدور التصرف المفوض من المفوض إليه عن غير مختص، إلا أن بعض التشريعات سمحت بتجاوز ذلك في ظل الظروف الاستثنائية، وذلك بقيام السلطات العامة دون سند قانوني بإسناد الصلاحيات للوظيفة إلى بعض الموظفين من خلال التفويض الضمني، وذلك لضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

وعليه يقوم هذا التطبيق في ظل إجازة بعض التشريعات التفويض في الظروف الاستثنائية في ظل انعدام النص التشريعي الذي يسمح بذلك، وفي نطاق هذه الدراسة لم يجد الباحث لهذا التطبيق نصاً تشريعياً يجيزه في نطاق التشريع الفلسطيني، وكذلك الأحكام القضائية وكذلك في نطاق التشريع والقضاء الأردني، وكذلك هو التشريع والقضاء المصري، إلا أن التشريع والقضاء الفرنسي تناول ذلك، إذ أجاز مجلس الدولة الفرنسي فكرة التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية، إذ قد تقوم السلطات العامة دون سند من القانون بناءً على ذلك بإسناد الصلاحيات الوظيفية إلى بعض الموظفين، وبذلك وفق الأصل القانوني تكون التصرفات الصادرة عنهم باطلة؛ إلا أن صحة هذه التصرفات تعد سليمة استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، ذلك لأن تلك السلطات العامة تكون في هذه الظروف الاستثنائية مفوضة ضمناً في تنظيم الحياة الإدارية، وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، الأمر الذي يمنحها صلاحية التفويض الضمني⁽²⁾.

ويرى الباحث عدم قيام هذه الحالة في فلسطين لانعدام وجود نص قانوني يجيز التفويض الضمني في ظل الظروف الاستثنائية، ذلك أنه يشترط لقيام هذا التطبيق تنظيم المشروع منها مسبقاً بالسماح بالتفويض الضمني في ظل انعدام النص التشريعي الذي يسمح بمباشرة الصلاحيات الوظيفية من دون ذلك.

(1) أبو زيد، دوام السير المرافق العامة (ص617).

(2) أبو زيد، دوام السير المرافق العامة (ص617-618).

رابعاً: الموظف العام الوحيد في المنطقة.

أضاف الفقه المصري حالة الموظف العام الوحيد في المنطقة كأحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، وذلك في أثناء حرب 1956 ذلك بقيام طبيب المحجر البيطري في القنطرة بمزاولة الاختصاصات المخولة للسلطات العامة جميعاً، وعلى الأخص سلطة الضبط والتموين والصحة، وزوال الضبط عندما يكون بعض الأغراب حرساً يحمي المهاجرين، ومخازن التموين وزوال سلطة التموين، إذ جعل من نفسه مسؤولاً عن مخازن الدقيق والسكر، وأشرف علاوة على الشؤون الصحية في المنطقة، إذ اعتبر جميع الأعمال والقرارات التي أصدرها هذا الموظف في جميع الميادين التي أشرف عليها صحيحة قانوناً، وإذا طعن فيها بالإلغاء أمام مجلس الدولة سيكون جديراً بالرفض⁽¹⁾.

وعليه يرى الباحث أن الموظف الرسمي الوحيد في المنطقة التي وقع فيها الحدث نتيجة الظرف الذي فرض تدخله، وكأنه صاحب الاختصاص الأصيل في مخازن التموين والصحة، ومنه اعتبار جميع التصرفات الصادرة عنه في تلك المرحلة صحيحة، ذلك لكونه هدف من وراء ذلك المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

(1) عبد الباسط، القانون الإداري (ص356).

المبحث الثاني

آثار نظرية الموظف الفعلي

الصحة والنفاز واكتساب الحقوق وتحمل الواجبات جملة الآثار الطبيعية لصدور التصرفات عن ذي الصفة والاختصاص قانوناً، إذ يكتسب التصرف القانوني الصفة القانونية، ومنه النفاذ في مواجهة الأفراد والإدارة متى صدر من ذي اختصاص، واكتسب الأخير الحقوق، وتحمل الواجبات المقررة عليه وفق القانون.

إلا أن وجود الموظف الفعلي يفرض كأصل صدور التصرفات عن غير مختص، ومنه عدم مشروعيتها، وعدم اكتساب الأخير المركز القانوني المقرر للموظف القانوني، إلا أن القضاء قرر خلافاً لذلك.

وعليه سيتناول الباحث هذا المبحث على التفصيل التالي:

المطلب الأول

آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي

خرج القضاء المقارن على الأصل القانوني المقرر لصدور التصرفات من غير مختص المتجسد بعدم المشروعية، ذلك بإقرار وجود الموظف الفعلي، ومنه الاعتداد بصحة التصرفات الصادرة عنه تأسيساً على فكرة الظاهر في الظروف العادية، وضرورة سير المرافق العامة في الظروف الاستثنائية.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب على التفصيل التالي:

الفرع الأول: آثار النظرية بالنسبة لتصرفاته في ظل الظروف العادية.

تتعدد مظاهر وجود الموظف الفعلي في ظل الظروف العادية ما بين انعدام سند تقلد للوظيفة العامة، والاستمرار في شغل الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية، وحالة التفويض غير المشروع، وبطلان قرار نقل الموظف العام وفقاً لما سبق تناوله في المبحث الأول من هذا الفصل.

وفي ظل الاختلافات الفقهية والقضائية حول كلٍّ منها، نجد أن ثمة اختلافاً بين آثار كل منها بالنسبة للتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي صحة وبطلاناً.

وعليه سيتناول الباحث كلاً منها على حدة على التفصيل التالي:

أولاً: بطلان تقلد الوظيفة العامة.

إن بطلان تقلد الوظيفة العامة لأحد عيوب القرار الإداري، أو لبطلان انتخابه يقتضي قانوناً إلغاء قرار التعيين، ومنه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعيين، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي والمصري والأردني⁽¹⁾ في ظل انعدام وجود ذلك في فلسطين اتجه إلى إقرار صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي تقرر بطلان قرار تعيينه سواء تقلد الوظيفة العامة بالتعيين أم الانتخاب⁽²⁾.

(1) جيرة، آثار حكم الإلغاء (ص438). أبو زيد، دوام السير المرافق العامة (197)

(2) الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري (197).

- موقف الفقه:

استمر الفقه المقارن على الاعتراف بشرعية التصرفات الصادرة من الموظف الذي تقرر بطلان تقلده الوظيفة العامة، وبطلان سند شغل الوظيفة العامة، أو الانتخابات لقيام الظاهر⁽¹⁾ الذي يحول دون اكتشاف الغير بطلان سند شغل الوظيفة العامة متى توافر شروط نظرية الموظف الفعلي حماية للغير حسن النية⁽²⁾.

مع تحفظ جانب من الفقه الفرنسي على ضرورة التمييز بين التصرفات التي تصدر وتنفذ قبل الطعن بالإلغاء، لإلغاء التعيين أو الانتخابات، التصرفات التي تصدر قبل الطعن بالإلغاء إلا أنها لم تنفذ، إلا بعد إقامة هذا الطعن، فالتصرفات التي صدرت ونفذت قبل الطعن بالإلغاء تكون سليمة وصحيحة لجهل الجميع بالعيب الذي شاب تقلد الوظيفة العامة، أما التصرفات الصادرة قبل الطعن ولم تنفذ بعد فلا يكون للإدارة التمسك لصحتها في مواجهة الغير؛ لتوافر العلم لديها بالطعن، ومنه لا يكون لها إلزام الغير بها، الذي يكون الدفع بعدم مشروعيتها، أو التمسك بها لعدم علمه بالطعن، ومنه عدم مشروعية تقلد مصدر التصرف للوظيفة العامة⁽³⁾.

ويرى الباحث أن رأي الفقه هذا لا يخرج عما أجمع عليه الفقه المقارن، ذلك بأنه ما دام الظاهر متوافراً في جانب الغير، فإن الأثر المترتب على ذلك هو الاعتقاد بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي في تلك الأحوال حماية للغير حسن النية.

- موقف القضاء:

ولم يختلف موقف القضاء المقارن عن ذلك، فقد أقر القضاء الفرنسي والأردني صراحة صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي لبطلان تقلده الوظيفة العامة، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بصحة التصرفات الصادرة، وذلك برفضه إلغاء القائمة التي على أساسها تم ترقية الموظفين بإدارة الاتصالات اللاسلكية والبريدية، رغم مشاركة أحد الموظفين الذين تبين

(1) الجرف، القانون الإداري (ص138). الطماوي، مبادئ القانون الإداري (ص391). بدوي، القانون الإداري (ص56).

(2) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإداري (ص215).

(3) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص133).

لاحقاً عدم مشروعية شغله للوظيفة في أعدادها⁽¹⁾، وقضى مجلس الدولة الفرنسي في دعوى انتخابات المجلس البلدي لإقليم (HERONVILLE)، بصحة الأعمال التي قام بها هذا المجلس رغم انتخاب اثني عشر عضواً بدلاً من عشرة، ذلك في الفقرة التي سبقت إلغاء هذا الانتخاب⁽²⁾.

وجاء موقف القضاء الأردني في الاتجاه ذاته حيث جاء في حكمها بأنه "إن القول بأن اللجنة المكلفة للتحقيق في الشكاوى المقدمة ضد أحد موظفي البلدية بموجب المادة (17) من نظام موظفي البلديات رقم (1) لسنة (1955) هي لجنة غير قائمة قانوناً، وإن قرارها بالنسبة لذلك يعد مقدماً وحقيقاً بالإلغاء، وهو قول غير وارد، ذلك لأن الحكم الصادر من محكمة العدل العليا القاضي بأن تعيين هذه اللجنة كان غير قانوني، قد صدر بعد صدور قرار اللجنة المطعون به، ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه الإداري أن الإجراءات التي قام بها الموظف الفعلي تعد صحيحة، ولو ثبت بعد ذلك أن قرار تعيينه كان باطلاً⁽³⁾.

ولكن القضاء المصري وإن لم يختلف موقفه عن القضاء الفرنسي والأردني بإقراره لصحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي في ظل بطلان تقلده الوظيفة العامة لبطلان التعيين أو الانتخاب إلا أن إقراره بصحة التصرفات الصادرة عنه جاء ضمناً، ذلك لعدم المنازعة أصلاً في صحة تلك التصرفات، ذلك لأن الأحكام التي تعرضت لإلغاء شغل الوظيفة العامة للبطلان لم تتعرض بالتشكيك في صحة التصرفات الصادرة منهم قبل الإلغاء، الأمر الذي يمكن تفسيره على أنه إقرار ضمني بشرعية تلك التصرفات⁽⁴⁾.

وعليه يرى الباحث بأن كلاً من الفقه والقضاء المقارن أجمع على صحة التصرفات الصادرة عن الموظف قبل تقرير بطلان تقلده الوظيفة العامة لبطلان التعيين أو الانتخاب،

(1) C. E. znov 1923. Association des fonctionnaires de l'administration des postes et télégraphes et des téléphones p. 699.

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص135).

(2) C.E. aides 1983. Elections du maire de Limeil-Val Saint-Etienne. R.D.P. 1984 (p206) note DRAGO.

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص135).

(3) عدل علياً أردني. رقم 106/1973 مجلة نقابة المحامين 1972 الجزء الرابع (ص168).

(4) حكم محكمة القضاء الإداري. الصادر في 1 يناير 1955 في القضية رقم 2019 سنة 7 قضائية مجموعة السنة 9 (ص216).

وذلك لقيام الظاهر، ومنه قيام صفة الموظف الفعلي بقيام نظرية الموظف الفعلي في جانبه؛ حماية الغير حسن النية.

ثانياً: شغل الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية.

قد يستمر الموظف العام في الخدمة وأداء الوظيفة العامة رغم انتهاء توليته الوظيفة العامة سواء تمت بالتعيين أو بالانتخاب؛ لانتهاء النطاق الزمني لممارسة صلاحياته الوظيفية، ومنه انتهاء الرابطة الوظيفية معه قانوناً، الأمر الذي يترتب عليه قانوناً كأصل عدم مشروعيته التصرفات الصادرة عنه خلال الفترة التالية لانتهاء الرابطة الوظيفية⁽¹⁾.

وفي أحوال أخرى قد يمارس أحد الأشخاص مهام وصلاحياتها الوظيفة العامة قبل صدور قرار بالتعيين، ومنه عند قيام الرابطة الوظيفية أساساً، ومنه يقوم الوضع الظاهر في جانبه لظهوره بمظهر الموظف القانوني خلافاً للحقيقة⁽²⁾.

الأمر الذي يتوافر في ظلّه توافر صفة الموظف الفعلي، ومنه البحث في آثار التصرفات الصادرة عنه بعد انتهاء الرابطة الوظيفية أو قبل بدء تلك الرابطة أساساً الإدارة والتي في ظلّها فرق الفقه والقضاء بين حالتين، حالة علم الإدارة بذلك من عدمه.

- موقف الفقه:

أجمع الفقه المصري، وكذلك الفرنسي في حالة عدم علم الإدارة بانتهاء الرابطة الوظيفية⁽³⁾ في ظل غياب رأي الفقه الفلسطيني والأردني في ذلك⁽⁴⁾ على صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي يستمر في ممارسة الوظيفة العامة إعمالاً لنظرية الموظف الفعلي، وذلك لقيام الظاهر الذي يولد الاعتقاد الصحيح حول شاغل الوظيفة العامة، ومنه وجوب حمايته قانوناً لحسن نية الغير⁽⁵⁾.

ويضيف الفقه الفرنسي أن هذه الحالة تشمل وظائف محددة المدة، سواء كان توليها بالتعيين أم بالانتخاب، إذ أنه انتهاء الخدمة يكون بقوة القانون، فإن استمرار الموظف في تقلد

(1) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص91).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص192).

(3) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص145).

(4) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص264). عودة. سحب القرارات الإدارية (ص339).

(5) T. ROUSSEAU. Op. cit. (p47).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص148).

تلك الوظائف بشكل لا يكون فيه من الوضوح ما يكشف اغتصابه للوظيفة العامة توافر الظاهر في جانبه، ومنه اعتبرت التصرفات الصادرة عنه نافذة وسليمة قانوناً، أما إن كان انتهاء الخدمة فيه من الوضوح مما لا يقوم في ظله الظاهر بحيث لا يمكن أن ينخدع فيه أي فرد فإن التصرفات التي يقوم بها تكون منعدمة، وليست لها أي أثر قانوني.

وتطبيقاً لذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى الاعتراف ببراءة الذمة المالية للغير الذي قام بتسديد المستحقات المالية الواجبة عليه للموظف الذي انتهت خدمته، وذلك لكون الإدارة لم تسحب منه المستندات التي تخول هذا الموظف القيام بوظيفة الجباية أو المحصل فحسن فيه الغير، المتمثلة بعدم العلم بانعدام صفة الموظف القانونية فرض قيام الظاهر، ومنه الاعتراف بصحة تلك التصرفات الصادرة عنه حماية الغير حسن النية⁽¹⁾.

ولا يختلف موقف الفقه في حال انعدام صدور قرار بالتعيين عن حالة استمرار الموظف في أداء الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية دون علم الإدارة، إذ يجمع الفقه المصري والفرنسي كذلك على صحة التصرفات الصادرة عن من تقلد الوظيفة العامة، وبإشراف اختصاصاتها قبل صدور قرار بالتعيين أو عدم اكتمال التعيين للمرشح، وذلك لقيام الظاهر في جانبه وحماية للغير حسن النية الذي يتعذر عليه العلم بعدم صدور قرار التعيين، أو إتمام إجراءات التعيين للمرشح⁽²⁾.

أما في حال علم الإدارة بانتهاء الرابطة الوظيفية، واستمرار الموظف بأداء مهامه الوظيفية، وذلك بناء على طلب منها لمقتضيات حسن سير المرفق العام حتى يتيسر لها إعداد من يحل محله، وكذلك موافقة الإدارة على مباشرة أحد الأفراد للوظيفة العامة قبل صدور قرار التعيين أو إتمام إجراءات التعيين، فقد ذهب الفقه المصري وكذلك الفرنسي على صحة التصرفات الصادرة عنهم استناداً إلى فكرة الظاهر⁽³⁾، ولكن الغالبية من الفقه ذهب إلى

(1) G. JEZE Les principes généraux du Droit Administratif précité op. cit (p91).

البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص148).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص64). يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص374). الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاء (ص537).

(3) J. M. AUBY. These. Preatée. (p65).

الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف في هذه الحالة استناداً إلى فكرة ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن مبرر الاعتداد بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف في هذه الحالة التي تتصل بعلم الإدارة تقوم على أساس مختلط، إذ تكمن ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد متوافرة في جانب الإدارة لتوافر العلم لديها بانتهاء الرابطة الوظيفية، وطلبها من الموظف الاستمرار في أداء الوظيفة العامة، وكذلك علمها بعدم صدور قرار التعيين وطلبها من الموظف مباشرة الوظيفة العامة وفي كلتا الحالتين لا يتوافر العلم بذلك الوضع القانوني سواها، ومنه قيام الظاهر في جانب التعامل مع الإدارة، وعليه فإن مبرر صحة التصرفات الصادرة عن ذلك الموظف يكمن كأصل حماية الغير حسن النية لقيام الظاهر، وكذلك ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد من جانب الإدارة.

- موقف القضاء:

لم يختلف موقف القضاء عن موقف الفقه بالاعتراف بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي انتهت الرابطة الوظيفية في جانبه، واستمر في مباشرتها، وكذلك فيمن لم يصدر قرار تعيينه، ومن لم تتم إجراءات تعيينه بعد مباشرة الوظيفة العامة. سواء علمت الإدارة بذلك أم لم تعلم. فقضت محكمة القضاء الإداري المصري⁽²⁾ في حالة عدم علم آخر موافقة الإدارة على ذلك بأن العلاقة الوظيفية بين الحكومة والموظف إنما نفصم عراها متى قام سبب من أسباب انتهاء الخدمة ... ومنها بلوغ الموظف السن المقرر، لإحالاته على المعاش، وهي بالنسبة للمدعي بلوغه سن الخامسة والستين التي يبلغها في 10 يونيو 1952 إذ في هذا التاريخ يعد المدعي محالاً على التقاعد بقوة القانون، أما استمراره في القيام بأعمال وظيفته ومنحه الدرجة الرابعة الشخصية في المدة اللاحقة إلى تاريخ أول أكتوبر 1956 وإبلاغ راتبه إلى 35 جنيهاً، وهذا الاستمرار في العمل لا يغير من الأمر شيئاً، وذلك أن الخدمة تعد منتهية بتحقيق سببها ويعد الموظف خلال الفترة اللاحقة موظفاً فعلياً".

(1) F. VINCENT. Le. Pouvoir de La decision unilateral des autherite'sadministratits these PARIS 1966 (p69).

(2) مجموعة أحكام القضاء الفرنسي. السنة الرابعة عشرة. القضية رقم (883) لسنة 12 وق. (ص113).

وقضت محكمة النقض المصرية صراحة بصحة التصرفات التي قام بها الموظف بعد انتهاء ولايته من حيث جاء في حكم لها بأنه⁽¹⁾ "وحيث إن هذا النص صحيح، وذلك أنه لما كان يبين من الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إليه، أن الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه وإن صح أن نقابة مستخدمي قناة السويس قد زال وجودها القانوني بصدر قانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس؛ إلا أن وجودها الفعلي قد ظل قائماً حتى صدور قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم (21) لسنة 1959، حيث ظلت تباشر نشاطها حتى هذا التاريخ، وإن هذا الوجود الفعلي الظاهر الذي كان معترفاً به من هيئة قناة السويس، ومن كسب العمل، ومن الوزارة المطعون ضدها من شأنه أن يجعل التصرف الصادر عن النقابة إلى الطاعن في هذه الفترة صحيحاً مثله في ذلك مثل التصرف الذي يصدر عن الموظف الذي يستمر في أداء وظيفته بعد انتهاء ولايته لما كان ذلك، وكان يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز القانوني متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر، وأغفل بحث دفاع الطاعن، وتحقيق مناصرته بمقولة إن نظرية الموظف الفعلي يُختلف عليها ولا محل للاستدلال بها، يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

وعليه يرى الباحث أن القضاء المصري قد أقر صراحة صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي يستمر في شغل الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوطنية لقيام الظاهر، واعتبارها كما لو صدرت عن موظف يشغل الوظيفة العامة وفق الوضع القانوني.

وجاء موقف القضاء الفرنسي موافقاً لموقف القضاء المصري، ولكن بصورة غير مباشرة خلافاً للقضاء المصري حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في 21 ديسمبر سنة 1955 بعدم استحقاق الموظف الذي انتهت خدمته لأي مقابل عن الأعمال التي قام بها بعد انتهاء الخدمة لعدم توافر حسن نيته، حتى ولو نظر إليه خلال هذه الفترة كموظف أو قبل زملاؤه ورؤسائه تعاونه في العمل⁽²⁾.

(1) حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 30 نوفمبر 1971. مجموعة أحكام النقض السنة 22 والطعن رقم (53) لسنة 7 ق. (ص 959).

(2) محكمة القضاء الإداري. مجموعة السنة الثالثة القضائية رقم (1786) لسنة 2 ق. (ص 177).

ويرى الباحث من خلال هذا الحكم في ظل ندرة الأحكام المتعلقة بهذه الصورة أن القضاء الفرنسي قد أقر ضمناً صحة التصرفات التي قام بها هذا الموظف، وإن كان من الأفضل أن يكون ذلك صراحة شأنه في ذلك شأن إقراره بعدم استحقاقه للمرتب المالي المقرر للوظيفة قانوناً.

وكذلك هو الحال بالنسبة للتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي متى باشر الوظيفة العامة قبل صدور قرار التعيين أو استكمال إجراءات تعيينه قانوناً، إذ ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى اعتبار التصرفات الصادرة عنه صحيحة قانوناً، حيث جاء بحكمها الصادر في 30 نوفمبر 1957 "وبهذه المثابة لا يمكن اعتباره قانوناً موظفاً معيناً في خدمة الحكومة، ولو كان قد تسلم العمل فعلاً في الفترة التي انقضت بين الترشيح، ورفض التعيين متى ولو تقاضي بالفعل مقابلاً عن عمله خلالها، ما دام لم ينشأ في حقه المركز القانوني كموظف، وهو لا ينشأ إلا بأداة التعيين ممن يملكها، ولا يكون الأساس القانوني لما عساه يستحق من مقابل لما أداه فعلاً من عمل راجع إلى انعقاد رابطة التوظيف، وإنما إلى أساس قانوني آخر غير ذلك.

وفي حالة الاستقرار في الوظيفة العامة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية مع علم الإدارة بذلك، فقد أقر القضاء المصري صحة التصرفات الصادرة عنه، إذ ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري إلى أنه "إذا كان المجلس البلدي الجيزة قد فقد وجوده واختصاصه بصدر القانون رقم (145) لسنة 1949 إلا أن الأمر يقتضي بحكم الضرورة، وضرورة سير المرافق العامة والمصالح الإقليمية دون تعطيل - أن يباشر المجلس البلدي الجيزة أعماله باعتباره تابعاً من المجلس البلدي القاهرة نيابة فعلية تقتضيها ظروف الأحوال، وتوجبها المصلحة العامة، وتظل هذه النيابة الفعلية قائمة إلى أن تزول أساسها، وذلك عندما يستكمل المجلس البلدي الجديد مقومات وجوده، ويتمكن من مباشرة جميع اختصاصاته"⁽¹⁾.

وعليه يرى الباحث أن رأي محكمة القضاء الإداري المصري أقر صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي انتهت رابطة الوظيفية رغم علم الإدارة بذلك، وذلك بقصد الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد وذلك تأسيساً على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة. والتي لم يتطرق لها القضاء الفرنسي، ولم يميز بين علم الإدارة من عدمه بانتهاء الرابطة الوظيفية العامة قانوناً، مثل: خلاف موقف الفقه وفقاً لما سبق بيانه.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 15 مايو 1956. مجموعة السنة العاشرة القضائية رقم (1370) السنة 16 ق. (ص330).

ثالثاً: التفويض غير المشروع.

تباينت الآراء حول صحة التصرفات الصادرة من حالة التفويض غير المشروع تبعاً لاختلاف آراء الفقه، وموقف القضاء المقارن من قيام هذا التطبيق من عدمه وبيان ذلك.

- موقف الفقه:

اتجه الفقه المقارن وفقاً لما سبق بيانه على صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي باشر الصلاحيات المخولة له استناداً إلى قيام الظاهر بقصد حماية الغير حسن النية، وحيث ذهب الفقه المصري في ظل غياب موقف الفقه الفلسطيني إلى صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي في نطاق تطبيق التفويض غير المشروع كأحد مظاهر وجود نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف العادية لتوافر الظاهر الذي يصعب في ظله اكتشاف عدم شرعيته مشروعية التفويض من الغير حسن النية⁽¹⁾.

وهو ما أخذ به جانب من الفقه الفرنسي معتبراً التصرفات الصادرة عن الموظف بناء على تفويض غير مشروع صحيحة قانوناً كونه يكمن في مرتبة الموظف الذي يكون معيناً تعييناً باطلاً، ومنه توافر الظاهر في هذا النطاق حماية الغير حسن النية⁽²⁾.

- موقف القضاء:

لم يجد الباحث أي حكم تناول هذه الحالة في القضاء الفلسطيني، ومنه الأردني كذلك ومنه لم يعترف الأخير بنظرية الموظف الفعلي في هذا النطاق، ومنه يرى الباحث أن القضاء الأردني لم يعترف بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف في حالة التفويض غير المشروع⁽³⁾ وهو ما أخذ به القضاء المصري صراحة ذلك باعتبار مجلس الدولة المصري أن القرار الصادر بناء على تفويض غير مشروع هو قرار باطل ومشوب بعدم الاختصاص، حيث جاء بحكم لها "أن المرسوم بقانون رقم (35) لسنة 1931 أعطى اختصاصات بصفة لمدير عام مصلحة السكة الحديدية بالنسبة لطائفة من موظفيها بالمخالفة للقانون الذي لا يجيز التفويض في هذه الاختصاصات، بل يتعين أن يباشر الاختصاصات من عينة القانون بالذات، ومن ثم يكون

(1) متولي، نظرية التفويض الإداري (ص441).

(2) Thersine. La nomination des agents puble en dritFrancais these PARIS 1981 (p382).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص102).

(3) راجع عدل عليا رقم 1954/18 مجلة نقابة المحامين 1954 (ص364).

القرار المطعون فيه الصادر من السكرتير العام لمصلحة السكة الحديدية بفصل المدعى ينطوي على نوع من اغتصاب السلطة⁽¹⁾.

إلا أن القضاء الفرنسي قد أخذ بفكرة التفويض غير المشروع، ومنه أجاز التصرفات الصادرة استناداً عليه، وذلك يظهر جلياً بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 7 أغسطس 1883 بنقض محكمة السين، واعتبرت العقود صحيحة ومنتجة لآثارها⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث أن الفقه المقارن اتجه صوب صحة التصرفات الصادرة من الموظف المفوض تفويضاً غير مشروع لقيام الظاهر في جانبه في ظل عدم اقرار هذه الحالة من جانب القضاء الأردني ضمناً، والمصري صراحة، وأخذ القضاء الفرنسي بها، وذلك لقيام الظاهر في نطاقها.

رابعاً: بطلان قرار نقل الموظف العام.

متى تقرر بطلان قرار نقل الموظف العام فإنه يتم إلغاء كل التصرفات التي صدرت منه؛ لصدورها من غير مختص، إلا أنه وفقاً لرأي الباحث المشار إليه في هذا التطبيق في المبحث الأول من هذا الفصل تعد هذه الحالة حالة مشابهة لحالة بطلان سند شغل الوظيفة العامة، ومنه قيام الظاهر الذي يفرض صحة التصرفات القائمة في نطاقه.

- موظف الفقه:

أقر الفقه المصري في ظل خلو رأي الفقه الفلسطيني صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي شاب قرار نقله البطلان متى توافرت شروط نظرية الموظف الفعلي حماية الغير حسن النية⁽³⁾.

وفي ذلك الفقه الفرنسي تأسيساً على فكرة التبادل الباطلة لبطلان قرار التعيين في أساسه، حيث إنه إذا تم نقله بالتبادل بين الموظفين بناء على طلب منهم، أو الإدارة، ثم تبين بعد مباشرة الأعمال والتصرفات ذات الصلة بالوظيفة بطلان قرار التعيين لأحدهم أو كليهم وجب بطلان التصرفات الصادرة عنهم متى تم تقرير بطلان التعيين؛ إلا أنه وحماية للغير لقيام الظاهر في

(1) حكم القضاء الإداري في 5 يناير 1954. مجموعة السنة الثانية (ص373).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص8).

(3) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص40).

جانب هذه الحالة تكون التصرفات الصادرة منهم نافذة قانوناً لقيام نظرية الموظف الفعلي حماية الغير حسن النية⁽¹⁾.

- موقف القضاء:

أقر القضاء الإداري الأردني من خلال محكمة العدل العليا صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الذي شاب قرار نقله البطلان، وذلك ضمناً، حيث قضت أنه: "لا يرد القول إن مباشرة الموظف الذي تقرر نقله من عمله إذا عانى مسقطاً لحقه في الطعن بقرار النقل، إذ إن عدم امتثاله لقرار النقل يجعله في وضع يفقده وظيفته وفقاً لحكم المادة (152/أ) من نظام الخدمة المدنية، إضافة إلى أن المستدعي قد احتفظ عند تنفيذه القرار بحقه بالطعن، أجازت المادة (63/أ) نظام الخدمة المدنية رقم (1998/1) مبدأ نقل الموظف أو انتدابه من وظيفة إلى وظيفة أخرى في الدائرة نفسها، وقد اشترطت الفقرة (ب) من تلك المادة أن تراعي مصلحة الدولة وضمان حسن سير العمل في دوائرها، كما اشترطت الفقرة (ج) من المادة ذاتها أن يتم تبليغ الموظف المنقول أو المنتدب قرار النقل أو الانتداب قبل التاريخ المحدد لتنفيذه بمهلة مناسبة، وفي جميع الأحوال لا يجوز نقل الموظف أو انتدابه إلى وظيفة تقل درجتها عن درجة وظيفته الأصلية وعليه فإن صدور قرار نقل الموظف واعتبار قرار النقل نافذاً من ذلك التاريخ دون إعطاء الموظف مهلة مناسبة لتدبير أموره يكون قد أغفل المحكمة والمصلحة التي ابتغاها المشرع من النص على هذه المهلة، ويكون قرار التعيين قد صدر خلافاً لحكم المادة (63/ج) من نظام الخدمة المدنية ومستوجب الإلغاء"⁽²⁾.

وعليه يرى الباحث عدم تطرق الحكم لشرعية التصرفات الصادرة عن الموظف قبل إبطال قرار النقل لعدم مشروعيتها، أم عليه اعتبارها نافذة قانوناً لعدم إبطالها، ومنه فإن القضاء الأردني قد أخذ تطبيق بطلان نقل الموظف كأحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي، لعدم تقريره البطلان للتصرفات الصادرة عن الموظف المخاطب بقرار النقل الباطل.

⁽¹⁾T. Rousseau. Esscu. Dune theorie de La fonction des fonctionnaires de fait RARIS 1914 (p53).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص106).

⁽²⁾ عدل عليا رقم 98/494، مجلة نقابة المحامين، عدد 6، سنة 1999 (ص1701).

- موقف القضاء المصري:

لم تتطرق أحكام مجلس الدولة المصري للتصرفات المتصلة بالموظف الذي تقرر بطلان قرار نقله، وذلك خلال الفقرة السابقة لتقرير البطلان الأمر الذي يستفاد منه الاقرار الضمني لصحة تلك التصرفات، ذلك لأنه لو أراد تقرير البطلان لها لفعل؛ إلا أنه أراد تقرير المشروعية لها لاتصالها لصالح كبير ألا وهو حسن سير المرفق العام، وحماية الغير حسن النية⁽¹⁾.

حيث قضت في الحكم الصادر في 11 يوليو 1972 "بعدم مشروعية قرار النقل الصادر في 28 ديسمبر 1965 لأن من شأنه تقويت الفرصة في الطاعن في الترقية"⁽²⁾.

وقد قضت في حكم آخر لها "بعدم شرعية قرار الترقية الذي تصدره الجهة المنقول منها خلال فترة النقل رغم عدم تنفيذ قرار النقل أو استمرار الموظف في العمل بالجهة المنقول منها"⁽³⁾.

وعليه يرى الباحث أن القضاء المصري شأنه شأن القضاء الأردني لم يُشر في أحكام بطلان القرار الإدارية المتعلقة بالنقل الباطل بطلان التصرفات الصادرة عن الموظف المخاطب بقرار النقل الباطل الذي تقرر بطلانه، وذلك على خلاف الأصل القانوني الذي يقوم على إبطال كل التصرفات السابقة لتقرير البطلان، وذلك إنقاذاً للأثر المرجعي للقرار الباطل، إلا أن القضاء لم يرد ذلك لعدم تقريره البطلان لتلك التصرفات، ومنه اعتبرها صحيحة ضمناً ونافاذة قانوناً منعاً للتعرض لمصلحة الغير حسن النية وعرقلة حسن سير المرافق العامة أساساً والمراكز التي ترتبت عليها.

ومنه يرى الباحث أخذ كل من القضاء المصري والأردني بتطبيق بطلان نقل الموظف العام كأحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي، الذي كان على الفقه الفلسطيني تناولها لاسيما وأن قطاع غزة يُعد أرضاً خصبة ومرتبعة حقيقياً لمظاهر الموظف الفعلي وتطبيقاته.

(1) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص37-38).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم (1154). مجموعة الخمسة عشر عاماً من سنة 1965 حتى سنة 1980. الجزء الرابع (ص3859).

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم (1154). مجموعة الخمسة عشر عاماً من سنة 1965 حتى سنة 1980. الجزء الرابع (ص3753).

الفرع الثاني: آثار النظرية بالنسبة لتصرفاته في ظل الاستثنائية.

تتعدد مظاهر وجود الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية ما بين المجلس الفعلي وقيادات العصيان والتفويض الضمني في الظروف الاستثنائية، وأخيراً: الموظف العام الوحيد في المنطقة ذلك في ظل اختلاف الفقه والقضاء حلو وجود النظرية في ظل الظروف الاستثنائية وفق التفصيل الذي سبق تناوله في المطلب الأول من هذا الفصل، الأمر الذي يترتب عليه الاختلاف حول آثار هذه النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية لاسيما مع توافر علم العامة لصفة الموظف الفعلي ظاهراً.

وعليه سيتناول الباحث هذا الفرع وفق التفصيل التالي:

أولاً: المجلس الفعلي.

رغم ما تفرضه حالات الحروب والكوارث الطبيعية والخلافات الداخلية بين المعارضة والحكومة غيرها من ظروف تدفع بهروب السلطة الشرعية من البلاد، ومنه شغور المرافق العامة من الموظفين العموميين، يجد الباحث ما يثبت تعرض الفقه والقضاء الفلسطيني لهذه الحالة، وكذلك المصري، وقد أخذ بها القضاء الفرنسي مقاصص صحة التصرفات والاجراءات التي أخذتها لجنة مكونة من عدد من الأفراد العاديين للعمل مكان المجلس البلدي لمدينة ماريون، ذلك لهرب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية، حيث قامت اللجنة حرصاً على سير المرافق العامة بالاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها إلى السكان، إذ تم الطعن بهذه التصرفات أمام مجلس الدولة لعدم المشروعية، ولصدورها من المجلس الفعلي على أساس انعدام السند القانوني في مزاولته هذه الاختصاصات، وقضى مجلس الدولة بشرعية هذه التصرفات نظراً للظروف الاستثنائية التي تمر بها المدينة⁽¹⁾.

ثانياً: موظف قيادات العصيان والثورات الداخلية.

إن تعارض الأفكار والأحداث السياسية بين الحكومة والمعارضة يخلق في بعض الأحوال تصادماً يصل إلى حد العصيان والثروات الداخلية التي قد تنتهي بالنجاح بالسيطرة الكاملة على الحكم أو بالفشل يعد القائمون عليه مغتصبين للسلطة⁽²⁾.

(1) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص204).

(2) يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (ص330).

وعلى الرغم من أن هذه الحالة وفقاً لما يراه الباحث في ظل غياب موقف الفقه والقضاء الفلسطيني تنطبق على الوضع الفلسطيني القائم في ظل الانقسام الفلسطيني الذي تولد عنه شغور بعض المرافق العامة من الموظفين العموميين وقيام الحكومة الفعلية التي قلدت نفسها زمام الحكم في قطاع غزة بتعيين موظفين آخرين لتسيير المرافق العامة في قطاع غزة.

إلا أنه لم يتم تناولها، ومنه الطعن في التصرفات الصادرة عنهم خلال المرحلة السابقة إلى الآن فقهاً وقضاً، وعليه يرى الباحث أنه اقرار ضمني بصحة التصرفات الصادرة عنهم لعدم الطعن بها أمام القضاء، وعدم اعتراض الفقه على ذلك بانعدام أي رأي حول الموضوع قانوناً⁽¹⁾.

وهذا بخلاف كل من القضاء المصري الفرنسي، إذ تعد صراحة أن هؤلاء الموظفين موظفون فعليون، وعليه تعد الأعمال والتصرفات الصادرة عنهم نافذة قانوناً بمبرر ضمان سير المرافق العامة، وهو ما أجمع عليه الفقه المقارن⁽²⁾.

ثالثاً: التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية.

تجيز بعض التشريعات المقارنة بالتفويض الضمني في الظروف الاستثنائية لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽³⁾.

حيث لم يجد الباحث في نطاق التشريعات الفلسطينية ما يتعلق بذلك، ومنه خلو الأحكام القضائية الفلسطينية من ذلك، وكذلك التشريع والقضاء الأردني والمصري. خلافاً للتشريع والقضاء الفرنسي، إذ أجاز مجلس الدولة الفرنسي التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية معتبراً التصرفات الصادرة استناداً عليه صحيحة ونافاذة قانوناً، لوجود تفويض ضمني للسلطات العامة في ظل الظروف الاستثنائية تنظيم الحياة الإدارية، وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽⁴⁾.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 يونيو 1946 "سيري 1947 القسم الثالث ص8" بمشروعية التفويض الصادر عن إحدى السلطات الإدارية بغيرها في اتخاذ إجراءات

(1) الشراوي، القانون الإداري (ص135). شطناوي، القانون الإداري (ص752). الجرف، القانون الإداري (ص638).

(2) الطماوي، القانون الإداري (ص392).

(3) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص617).

(4) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص617-618)..

الاستيلاء المؤقت على بعض السيارات رغم عدم وجود نص تشريعي يسمح بهذا التفويض، وإنما يكون استناداً إلى الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

رابعاً: الموظف العام الوحيد في المنطقة.

عدّ الفقه المصري منفرداً بأن التصرفات الصادرة عن الموظف العام الوحيد في المنطقة الذي زاول الاختصاصات المخولة للسلطات العامة جميعاً في ظل الظروف الاستثنائية هي تصرفات صحيحة قانوناً، وإذا طعن فيها بالإلغاء لدى مجلس الدولة، فإن هذا الطعن سيكون جديراً بالرفض⁽²⁾.

⁽¹⁾C.E. 26 Juin 1946 Les Conclusions du Riboulet "op cit (p727)> Note Sous srretsirey 1947-3-8.

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص124).

⁽²⁾ عبد الباسط، القانون الإداري (ص356).

إذا قام طبيب البيطري في التنظرة الذي كان هو الموظف الرسمي الوحيد بمزاولة الاختصاصات المخولة للسلطات العامة جميعاً وخاصة سلطة الضبط والتموين والصحة، إذ يعد الفقه المصري هذه الحالة إحدى تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وعليه تكون التصرفات التي قام بها نافذة قانوناً لضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

المطلب الثاني

آثار النظرية بالنسبة للمركز القانوني للموظف الفعلي.

إن تقلد الوظيفة العامة خلافاً للقانون يوجب عدم التمتع بالمركز القانوني المقرر قانوناً للموظف الفعلي، إلا أن القضاء أقر صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي إما لقيام المظاهر، ومنه حماية الغير حسن النية، وإما لضرورة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهو ما اتجه إليه الفقه المقارن.

وعليه هل يقر القضاء والفقه حق الموظف الفعلي بالتمتع بمزايا الموظف القانوني وواجباته لاسيما في ظل الظروف الاستثنائية.

وعليه سيتناول الباحث هذا المطلب على التفصيل التالي:

الفرع الأول: حقوق الموظف الفعلي.

يقتضي المعد له عدم تمتع الموظف الفعلي بكل حقوق الوظيفة العامة أو مزاياها، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا أن "الموظفين الفعليين يحق لهم الاستفادة من مزايا الوظيفة العامة؛ لأنهم لم يخضعوا لأحكامها، ولم يعينوا وفقاً لأصول التعيين فقهيًا⁽¹⁾.

وعليه يكون له حق المطالبة ببعض الحقوق الوظيفية دون الأخرى، لاسيما المطالبة بما تكبده من مصروفات ونفقات نظير قيامه بأعمال الوظيفة العامة؛ ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام واطراد في ظل الظروف الاستثنائية، التي أجمع في نطاقها الفقه الفرنسي والمصري على ذلك الحق⁽²⁾. الأمر الذي يختلف عليه الحال في الظروف العادية.

أولاً: حقوق الموظف الفعلي في الظروف العادية.

قانوناً لا يكون للموظف الفعلي في ظل الظروف العادية الحق بالمطالبة بأي من حقوقه المالية نظراً لعدم مشروعية تقلده الوظيفة العامة، إلا أن مقتضيات العدالة والمصلحة العامة اقتضت التخفيف من التطبيق المجرد للقانون وأحكامه في هذا النطاق⁽³⁾، ذلك في ظل اختلاف الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لذلك الحق فمنهم من يرجعه إلى قواعد رد غير المستحق، وآخرون إلى الطابع الغذائي، ومنهم إلى التقادم، ومنهم لفكرة الإثراء بلا سبب.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 29 نوفمبر 1964 مجموعة السنة العاشرة (ص99).

(2) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص528). أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص27).

(3) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص158).

1) فكرة رد غير المستحق:

يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لحق الموظف الفعلي بما يحقه من مرتبات، وحقه في مطالبة الإدارة لمقابل ما قام به من أعمال يقوم على أساس رد غير المستحق، وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، حيث ذهبت أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى حق الموظف الفعلي في الاحتفاظ بالمرتبات التي قبضها قبل بطلان سند شغله الوظيفة أمر يتفق والمبادئ الخاصة يرد غير المستحق⁽¹⁾.

وذلك على خلاف موقف الفقه الفرنسي الذي يرفض تطبيق قواعد رد غير المستحق في هذا الخصوص، لاسيما في ظل تقلد الوظيفة العامة استناداً على قرار باطل، فإن ما تحصل عليه الموظف قبل البطلان هي مبالغ مستحقة، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على مشروعية شغل الموظف الوظيفة ما لم يحكم بعد ببطلان شغلها⁽²⁾.

وعليه فإن تطبيق ذلك المبدأ يقتضي الاعتراف بحق الموظف فيما حصل عليه من مرتب قبل إلغاء التعيين، وعليه هو أمر متعلق بما هو مستحق، وليس بما هو غير مستحق⁽³⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أنه من حق الموظف الاحتفاظ بما شمله من مرتبات سواء كان ذلك قبل بطلان التعيين أم بعده شريطة ضرورة توافر خطأ جسيم من جانب الإدارة⁽⁴⁾.

واتجه القضاء المصري متفقاً ومجلس الدولة الفرنسي حول حق الإدارة في استرداد ما تقاضاه الموظف الفعلي دون حق، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في 13 يونيو 1982

⁽¹⁾C.E. 1 juil 1904 Nivaggioni. S 1904. 3. 121. Not Hauriou.

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص161).

⁽²⁾C. thersinela nomination des agents publies en Droitfrançais op. cit (p355).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص161).

⁽³⁾C. E 2 nov 1923 Association des fonctionnaires de administration central des postes et telegraphes. Rec (p699).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص161).

⁽⁴⁾L. Richer. Recherchessur la fautdansresponsabite these paris 1976. (p362).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص161).

"يحق الإدارة في استرداد المرتبات التي تبين عدم أحقية الموظف فيها دون فوائد تلك المبالغ إذا تأخر الموظف في ردها⁽¹⁾.

(2) فكرة توفر الطابع الغذائي:

يذهب أنصار هذه الفكرة إلى أن الموظف الذي توقف سند شغله للوظيفة قانوناً، ولكنه يستمر في شغلها، فإنه لا يستحق أي مقابل، وإذا بنص مرتب الوظيفة وجب إعادته إلى الإدارة⁽²⁾، إلا إذا توافر الطابع الغذائي للمبالغ التي سلمها، ذلك بصرفه على متطلبات الحياة اليومية، وهو ما قضت به مجلس الدولة الفرنسي باستحقاق أحد الأساتذة العاملين بجامعة (RENNES) للمبالغ التي قبضها⁽³⁾.

ويرى الباحث عدم صلاحية هذه الفكرة كأساس قانوني بحق الموظف الفعلي بما قبض وما يطلبه من الإدارة من مقابل عمله؛ ذلك لأنها ذات طابع شخصي تختلف من شخص لآخر.

(3) فكرة التقادم:

يرى أنصار هذه الفكرة أنه من حق الموظف الفعلي الذي يلغى قرار تعيينه في الاحتفاظ بما شمله من مرتبات قبل البطلان استناداً بنص المادة (2277) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن يتقادم بخمس سنوات كل ما شأنه أن يتيح للموظف الذي يلغى قرار تعيينه الاحتفاظ بما شمله من مرتبات طالما مضى عليها أكثر من خمس سنوات، تبدأ هذه الفترة من تاريخ قبضه لتلك المبالغ. وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي أصحاب هذا الرأي من خلال حكمه في قضية (LEVASSEUR) حيث قضت بوجوب قيام الموظف برد المبالغ التي حصل عليها دون حق طالما لم يمض عليها أكثر من خمس سنوات من تاريخ قبضها⁽⁴⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 13 يونيو 1982 في القضية رقم 1610 لسنة 26ق.

(2) C. E. 31 oct 1947 Heninquau, rec (p398).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص162).

(3) C.E 24 fev 1912 vigneri rec (p257).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص162).

(4) C. E 25 arr. 1927 LEVASSEUR. Rec. (p600).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص161).

(4) فكرة الإثراء بلا سبب:

يرى أنصار هذه الفكرة أن أساس استحقاق الموظف الفعلي مقابلاً لما قام به من أعمال يقوم على فكرة الإثراء بلا سبب، ذلك بأن الإدارة استفادة من الأعمال التصرفات التي قام بها الموظف الفعلي في أثناء قيامه بمهام هذه الوظيفة، وعليه لا يحق استرداد ما قدمته من مبالغ، وقد أيد ذلك جانب من الفقه المصري على أساس أن الموظف الفعلي قد قام بعمل الوظيفة التي كان يشغلها، وقد استفادت الإدارة من ذلك، هذا وإن لم يقد الموظف الفعلي بشغل هذه الوظيفة تعاقب الإدارة بتعيين آخر للقيام بذلك، ومنه قامت بدفع المستحقات، لأن له نظير ما يقوم به من عمل⁽¹⁾.

وقد أيد القضاء الإداري المصري هذا الاتجاه، حيث أقرت المحكمة الإدارية العليا حق من تسلم العمل بناء على ترشيح الإدارة فيما حصل عليه باعتباره مقابلاً لما أداه من أعمال رغم رفض الإدارة تعيينه بعد ذلك استناداً لقواعد الإثراء بلا سبب، حيث جاء في حكمها أنه "إذا كان المدعي قد رشح من جانب لجنة التعليم الإلزامي لوظيفة كاتب بها، إلا أنه لم يتم تعيينه في هذه الوظيفة بالإدارة القانونية ممن يملك التعيين، بعد إذ رفضت وزارة المعارف الموافقة على هذا التشريح، فإنه بهذه الحالة لا يمكن اعتباره قانوناً موظفاً معيناً في خدمة الحكومة، ولو كان قد تسلم العمل فعلاً، في الفترة التي انقضت بين التشريح ورفض التعيين، حتى ولو كان القانوني كموظف، وهو لا ينشأ إلا بإدارة التعيين ممن يملكها، ولا يكون الأساس القانوني لما عساه يستحقه من مقابل لما أداه فعلاً من عمل راجعاً على انعقاد رابطة التوظيف قانوناً أو إنما إلى أساس قانوني آخر غير ذلك"⁽²⁾.

ويرى الباحث أن فكرة استحقاق الموظف الفعلي المراتب يقوم على أساس الإثراء بلا سبب لما يحققه من نفع للإدارة العامة، وسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

لكن الأمر مختلف فيما يتعلق بالمعاش، فلا يكون غلا من تقلد الوظيفة العامة وفق القانون الحق بالمطالبة به، ومن ذلك الموظف الفعلي، وهو ما استقر عليه الفقه الفرنسي والمصري⁽³⁾، ذلك أن الراتب التقاعدي يمثل أحد الحقوق المرتبطة بالوظيفة العامة التي تقتضي

(1) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (206).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 30 نوفمبر 1957. مجموعة القواعد القانونية التي قررت المحكمة في عشر سنوات من سنة 1955 - 1965 مجموعة ابو شادي القضية رقم 1780 لسنة 2 ق. القاعدة رقم 661 (ص 690).

(3) سلامة، المرجع في شرح قوانين التأمين والمعاشات والإدخار (ص 16).

توافر الرابطة الوظيفية بناء على قرار صحيح بالتعيين ممن يملك تلك السلطة بأن كان ذلك القرار باطلاً أو انتهى أثره فلا ينشأ للموظف أي حق في الراتب التقاعدي، وكذلك الخدمة التي مارس خلالها الوظيفة بصفة قانونية، ما دام لم ينشأ في حقه للمركز القانوني للموظف قانوناً⁽¹⁾.

ثانياً: حقوق الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية.

استقر الفقه في فرنسا ومصر على أحقية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في المطالبة بكل ما تكبده من مصروفات ونفقات نظير ما قام به من أعمال الوظيفة العامة؛ إلا أنه قد اختلف حول الأساس القانوني لذلك الحق⁽²⁾.

فمنهم من يرى أن نظرية الفضالة هي الأساس القانوني لحق الموظف في المطالبة بالتعويض على أساس أن تدخله كان ضرورياً لسير المرافق العامة، ذلك في إطار وجوب التدخل العاجل والضروري لصالح الإدارة، وتوافر فيه القيام بما تصدى له لحسابه الشخصي العام دون أن يكون ملزماً بذلك⁽³⁾.

إلا أن القضاء الإداري المصري عارض أصحاب هذا الرأي من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا، إذ رفضت فكرة الفضالة في القانون العام، وجاء بحكمها "أن المشرع ينظر إلى من يقيم نفسه في أمور الوظيفة العامة نظرة ريبة وضرر فلا يشجع المتصل في أوضاع القانون العام كما يشجعه في علاقات الأفراد، إذ يفترض في الفضولي أنه يعمل في شؤون الغائب بلا إذن، والإدارة في شؤون وظائفها ليست غائبة ولا غافلة، ولأن الوظائف ولاية عامة تكمل القانون بتجديد حقوق وشروط من يتولى مقاليدها بقواعد منضبطة تقطع السبيل على من يقحمون أنفسهم في اختصاصاتها كما في حالتها غصب السلطة والموظف الفعلي⁽⁴⁾.

ويرى فريق آخر من الفقه أن الأساس القانوني يقوم على نظرية الإثراء بلا سبب شأنها في حق الموظف الفعلي بالمطالبة بحقه بالظروف العادية⁽⁵⁾، وهو ما يكون لموظفي قطاع غزة من حق المطالبة بالرواتب المقررة قانوناً على أساس فكرة الإثراء بلا سبب.

(1) البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاء (ص168).

(2) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (207).

(3) الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاء (ص528).

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا. الصادر في 28 يونيو 1964 في قضية رقم 1713.

(5) أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (ص207).

الفرع الثاني: التزامات الموظف الفعلي.

إن قيام الموظف الفعلي بالوظيفة العامة لا يجعله في ذات المركز القانوني للموظف القانوني، ومنه التمتع بالحقوق المقررة للأخير وفقاً لما سبق، وكذلك بالنسبة للالتزامات التي تقع على كاهله.

إلا أن الفقه قد اختلف حول مدى خضوع الموظف الفعلي للالتزامات التي تقع على الموظف القانوني، فذهب جانب من الفقه إلى أن الموظف الفعلي يخضع لكل الالتزامات التي تقتضيها الوظيفة العامة⁽¹⁾، ذلك باعتبار أن الموظف الفعلي قد شغل اختصاصات الوظيفة العامة، ومنه من الضروري باعتبار أن الموظف الفعلي قد شغل اختصاص الوظيفة العامة، ومنه من الضروري إلزامه والتزامه بما تفرضه القوانين والأنظمة في نطاق ممارسة الوظيفة العامة، لاسيما وأنه تم الاعتراف فقهاً وقضاءاً بالتصرفات التي باشرها الموظف الفعلي، فإنه من التناقض تحريره من الواجبات والالتزامات التي تفرضها الوظيفة العامة⁽²⁾.

ويرى آخرون أن الموظف الفعلي لا يخضع لواجبات الوظيفة العامة، وذلك أن الموظف الفعلي لا يتمتع بصفة الموظف العام، ولا يشغل المركز القانوني الذي يشغله، ومنه لا يجوز مطالبته بالالتزامات التي تفرضها الوظيفة العامة⁽³⁾.

ويرى آخرون نتيجة التعارض المقارن بين ما أخذ به الاتجاه الأول والثاني، إلى أن الموظف الفعلي عليه مراعاة القواعد التي تحكم الوظيفة العامة التي يشغلها دون الخضوع لكل التزامات الموظف العام، إذ يكون خاضعاً بالقدر المعين عنها، ذلك لعدم شغله المركز القانوني الذي يشغله الموظف العام القانوني⁽⁴⁾.

إلا أن الباحث يذهب إلى ما أخذ به الاتجاه الأول بخضوع الموظف الفعلي للالتزامات التي يخضع إليها الموظف العام، كونه يشغل الوظيفة العامة، ويقوم بممارسة صلاحيات الموظف القانوني. التي توجب التقيد بالواجبات والالتزامات التي قررها القانون؛ حماية للمصلحة العامة وتحقيقاً لها، وهو ما ينطبق على موظفي قطاع غزة.

(1) الطماوي، القضاء الإداري (ص76).

(2) جيره. آثار حكم الإلغاء (ص484).

(3) عبد العال. الوظيفة العامة (ص37). محارب، التأديب في الوظيفة العامة (ص78).

(4) A. PLANTEY, Traitepratique de fonction publique, 3 emeed T. 1. 1971 (p79-80).

مشار إليه البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً (ص170).

الخاتمة:

وصولاً إلى نهاية هذه الدراسة ذلك بتوفيق من الله الحق سائلاً إياه أن أكون قد وفقت في هذا العمل، مضيفاً لما هو موجود ليكن علماً ينتفع به، لاسيما بأن موضوع الدراسة يشكل أهمية بالغة في مجال القانون الإداري والحياة الواقعية لاسيما حالة قطاع غزة القائمة على ما يسجد هذه النظرية بمضمون الموظف الفعلي نتيجة الانقسام، وعليه سيتناول الباحث في هذا المقام بيان نتائج الدراسة التي تم التوصل إليها ومن ثم التوصيات التي خلصنا بها، والتي تعتبر جملة الاجابة على تساؤلات الدراسة التي ابديناها وبيان ذلك.

أولاً: النتائج.

- 1- تجمع التشريعات المقارنة ومنها الفلسطيني ومنه الفقه والقضاء على ضرورة توافر جملة من العناصر الاساسية لقيام صفة الموظف العام ومن أبرزها استمرارية الوظيفة العامة في ظل قرار بالتعيين صادر عن جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف العامة.
- 2- تشترط التشريعات المقارنة جملة من الشروط العامة والخاصة لتقلد الوظائف العامة في ظل تعدد اجراءات التعيين التي تختلف من نظام لآخر تبعا للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة والتي تهدف في جملتها ضمان الحد الأدنى لجدارة من يشغل الوظيفة العامة لتيسير المرافق العامة انتظام واطراد.
- 3- تعددت تعريفات الموظف الفعلي فقهاً في ظل غياب تناول التشريعات المقارنة ومنها الفلسطيني وكذلك احكام المحاكم تعريف الموظف الفعلي ويعرفه الباحث كل شخص مباشر الوظيفة العامة دون سند قانوني يبرر وجوده ومارس نشاطه الوظيفي بتلك الوظيفة في ظل ضرورة معينة تبرر صحة تصرفاته بالنسبة الغير حسن النية ومن جملة التعريفات الفقهية خلص الباحث إلى انه يشترط لقيام صفة الموظف الفعلي تخلف السند القانوني لشغل الوظيفة العامة وقيام ظروف خاصة تغطي الشرعية على تصرفات الموظف الفعلي.
- 4- يتميز الموظف الفعلي عن ما يشابهه من مصطلحات بأن الموظف القانوني هو الشخص الذي يشغل وظيفة عامة بموجب سند قانوني خلافاً للموظف الفعلي الذي يفتقر لمشروعية السند القانوني لشغل الوظيفة العامة، هذا وانه يختلف عن منتحل الوظيفة العامة ذلك لأن الاخير يكن مرتكباً لجريمة يعاقب عليها القانون، مع امكانية اعتبار منتحل الوظيفة العامة موظفاً فعلياً متى اتخذ مظهر الموظف العام ولم يعلم

بحقيقته أحد ذلك في ظل الظروف العادية ودون اسقاط العقوبة الجزائية عنه خلافاً للموظف الفعلي، هذا وانه يختلف عن مغتصب السلطة ذلك ان مغتصب السلطة يعلم حقيقة بانعدام السند القانوني لشغل الوظيفة العامة هذا وانه لا تتوافر لديه الشغل المعقول للوظيفة العامة إلى انه يمكن ان يتحول إلى موظف فعلي متى استمر في شغل الوظيفة العامة مدة زمنية دون اعتراض من الغير أو الادارة.

5- تجد نظرية الموظف الفعلي اصولها التاريخية بالشرعية الاسلامية ذلك في امارة الاستيلاء ومن بعدها تناولها القضاء الفرنسي واستقاها الفقه من احكام مجلس الدولة الفرنسي.

6- يرتبط الوجود القانوني لنظرية الموظف الفعلي بالركن المادي والذي يتجسد بتوافر الظاهر في ظل الظروف العادية وضرورة سير المرافق العامة في ظل الظروف الاستثنائية، إلى جانب الركن المعنوي الذي يتجسد في حسن النية لدى الغير مع مراعاة توافر العلم لدى الكافة في ظل الظروف الاستثنائية.

7- يتجسد الاساس القانوني لموظف الفعلي في الظروف العادية توافر الظاهر المعقول حماية للغير حسن النية، وفي ظل الظروف الاستثنائية ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

8- تتعدد مظاهر تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية والظروف الاستثنائية التي تعترف بجملتها بعض النظم المقارنة، والبعض الاخر يعتد ببعض هذه التطبيقات هذا في ظل انعدام الاخذ بنظرية الموظف الفعلي في جميع صورها بفلسطين وقطاع غزة تحديدا لاسيما وانه يجسد نظرية الموظف الفعلي في أكثر من تطبيق لاسيما اغتصاب السلطة و الحكومة الفعلية.

9- يترتب على نظرية الموظف الفعلي صحة التصرفات الصادرة عنه في مواجهة الغير، والتزام الادارة بتعويض الموظف عما انفقه اثناء قيامه بتلك الوظيفة وتعويضه على اساس نظرية الاثراء بلا سبب وذلك في ظل خضوعه للالتزامات التي يخضع اليها الموظف القانوني كونه يشغل وظيفه عامة.

10- تنطبق حالة قطاع غزة كأحد نماذج نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية على حالة موظفي العصيان والثورات بالنسبة للموظفين الذي تم تعيينهم من قبل قيادات الثورة أو العصيان في قطاع غزة، وانطبق صفة مغتصبي السلطة بالنسبة للقيادات أنفسهم لعدم السيطرة الكلية على السلطة الشرعية، هذا وتحول كل من الموظفين والقيادات تحت نطاق مغتصبي السلطة إلى صفة الموظف الفعلي لاستمرارية التعامل

معهم من قبل الشعب دون اعتراض، ومنه اكتسابهم جملة الحقوق المقررة للموظف الفعلي وتحملهم جملة الالتزامات التي تقع على عاتق الموظف الفعلي مع انصراف آثار كافة التصرفات الصادرة عنهم من مراكز قانونية مستقرة قانوناً بالنسبة للغير، استناداً لضرورة استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد.

ثانياً: التوصيات.

- يوصي الباحث المشرع بتعديل المادة رقم (24) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 بأن تكون على النحو التالي: "يشترط فيمن يعين في أي وظيفة أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه من محكمة فلسطينية أم أجنبية مختصة بجريمة مخرجه بالشرف أو الأمانة مالم يرد إليه اعتباره.
- يوصي الباحث المشرع بضرورة تقييد رد الاعتبار كأحد شروط التعيين في الوظيفة العامة في غير الجرائم المتعلقة بالخيانة والتجسس لمساسها بكيونة الدولة وأمنها.
- ضرورة اعتماد سبيل الاعداد الفني والتأهيل بالاقتران مع المسابقات للتعيين بالوظائف العامة على كافة الوظائف في الدولة.
- يوصي الباحث المشرع بتعديل نص المادة (24) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 فيما يتعلق بشرط الجنسية ليشتمل الفلسطيني والعربي وفق لمبدأ المعاملة بالمثل.
- يوصي الباحث القضاء الفلسطيني بضرورة تطبيق أحكام نظرية الموظف الفعلي للحفاظ على المراكز القانونية المستقرة التي باتت أمر واقع.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإصدار قانون عقوبات فلسطيني يتلائم الوضع الفلسطيني، وبالأخص تجريم انتحال الوظيفة العامة على وجه يحقق الحماية القانونية المرجوة من التجريم والعقاب ومنع الخلط بينه وبين الموظف الفعلي.
- ضرورة تناول المشرع نظرية الموظف الفعلي بالتنظيم لاسيما في ظل وجودها الواقع في فلسطين و خاصة قطاع غزة لتوفير الحماية القانونية له.
- ضرورة عقد ورشات عمل لبيان الموقف القانوني من نظرية الموظف الفعلي لموظفي قطاع غزة لبيان مركزهم القانوني وما لهم وما عليهم وفقاً للنظرية.
- ضرورة عقد جملة من الدراسات المتخصصة في القانون الإداري في نطاق الموظف الفعلي والوضع الظاهر لبيان المسؤولية المدنية والجنائية له قانوناً.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: المراجع العربية

- الباسط، محمد عبد. (1999). *القانون الإداري*. ط1. (د.م): دار الفكر العربي.
- بدوي، ثروت. (1984). *القانون الإداري*. ج2. (د.ط.). (د.م). (د.ن).
- البربار، عبد الله إبراهيم. (2007). *نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري الليبي والشرعية الإسلامية دراسة مقارنة* (رسالة ماجستير). جامعة أم درمان الإسلامية. السودان.
- بسيوني، حسن. (1995). *شؤون رجال القضاء فقهاً وقضاءً وتطبيقاً*. ط1. (د.م): منشورات نادي القضاة.
- البطوش، عبد الله محمد. (2006). *نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة مؤتة. الأردن.
- بطيخ، رمضان محمد. (1996). *أصول التنظيم الإداري في النظم الوظيفية الإسلامية*. (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية.
- البهوتي. (1974). *شرح منتهى الإبرادات*. ج3. (د.ط.). (د.م): مطبعة أنصار السنة المحمدية.
- البهوتي. (1988). *كشف القناع عن معنى الإقناع*. (د.ط.). (د.م): دار الفكر.
- الجرف، طعيمة. (1978). *القانون الإداري*. (د.ط.). (د.م). (د.ن).
- الجرف، طعيمة. (1985). *القانون الإداري*. (د.ط.). مصر: دار النهضة العربية.
- جعفر، أنس. (2007). *الوظيفة العامة*. (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية.
- جمال الدين، سامي. (1995). *التنظيم الإداري للوظيفة العامة*. (د.ط.). القاهرة. مصر: الدار الجامعية الجديدة للنشر.
- الجمال، محمد حامد (د.ت). *الموظف العام فقهاً وقضاءً*. ج1. (د.ط.). (د.م): دار الفكر الحديث للطبع.

- الجمال، محمد حامد. (1969). *الموظف العام فقهاً وقضاءً*. ج1. ط2. القاهرة: دار النهضة العربية.
- جميعي، عبد الباسط. (1955). *نظرية الأوضاع الظاهرة* (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة القاهرة. مصر.
- جودة، صلاح أحمد السيد. (2008). *الصلاحية الأدبية والعلمية والجسمانية للتعين في الوظائف العامة*. دراسة مقارنة. ط1. مصر: دار النهضة العربية.
- جيرة، عبد المنعم عبد العظيم. (1971). *آثار حكم الإلغاء* (رسالة دكتوراه). جامعة عين شمس. مصر.
- حاتم، شفيق. (1979). *القانون الإداري*. ط1. بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع.
- حبيش، فوزي. (1986). *الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين*. (د.ط.). بيروت: المطبعة البولية.
- الحو، ماجد راغب. (2004). *القانون الإداري*. (د.ط.). الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- حمود، أعاد. (2003). *الوجيز في القانون الإداري*. (د.ط.). (د.م.): أكاديمية شرطة دبي.
- الخلايلة، محمد علي. (2012). *القانون الإداري*. ج2. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- خليل، نعمان محمد. (1977). *أركان الظاهر كمصدر للحق*. (د.ط.). (د.م.). (د.ن.).
- خيري، محمد مرغني. (1978). *الوجيز في القانون الإداري المغربي*. ج2. (د.ط.). الرباط: دار المغرب.
- داير: عبد الفتاح ساير. (1959). *الحكومة الفعلية*. مجلة القانون والانتصار. العدد (3).
- الدوكالي. يوسف عبد الرحمن. (2013). *الأصول الإسلامية لنظرية الموظف الفعلي دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*. المجلة العربية للعلوم الإنسانية والأبحاث. العدد الأول.
- أبو راس، محمد الشافعي. (1980). *القضاء الإداري*. (د.ط.). (د.م.): مكتبة النصر.
- رسلان، أنور أحمد. (1997). *الوسيط في القانون الإداري الوظيفة العامة*. (د.ط.). القاهرة. مصر: دار النهضة العربية.

- الزغبى، خالد سمارة. (1993). القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الهاشمية الأردنية. ط2. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- أبو زيد، محمد. (1975). دوام سير المرافق العامة دراسة مقارنة. (د.ط) مصر: دار النهضة العربية.
- أبو زيد، محمد. (1999). المرجع في القانون الإداري. (د.ط). (د.م): دار النهضة العربية.
- الذنيبات، محمد جمال. (2003). الوجيز في القانون الإداري. ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- أبو سمهدانة، عبد الناصر. (د.ت). موسوعة القضاء الإداري في فلسطين. ك1. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- سلامة، مختار. (1964). المرجع في شرح قوانين التأمين والمعاشات والإدخار. (د.ط). (د.م). (د.م).
- السناري، محمد عبد العال. (2004). مبادئ ونظريات القانون الإداري. دراسة مقارنة. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- السنهوري، عبد الرزاق. (1993). فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبه أُمم شرقية. (د.ط). القاهرة: الهيئة العامة للكتاب.
- الشاعر، أنور حمدان. (2016). الوجيز في القانون الإداري. ط1. (د.م). (د.ن).
- الشاعر، رمزي طه. (1968). تدرج البطلان في القرارات الإدارية دراسة مقارنة. (د.ط). مصر: دار النهضة العربية.
- الشاعر، رمزي. (1958). تدرج البطلان في القرارات الإدارية دراسة مقارنة. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- شحاتة، توفيق. (1954). مبادئ القانون الإداري. ج1. ط1. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.
- الشرقاوي، سعاد. (1983). القانون الإداري. (د.ط). (د.م): دار النهضة العربية.
- الشرقاوي، سعاد. (2009). القانون الإداري. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- الشريف، عزيزة. (1982). مبدأ الحياد الوظيفي. مجلة العلوم الإدارية. العدد الأول.

- بدران، محمد محمد. (1990). *الوظيفة العامة*. ج1. دار النهضة العربية.
- شطناوي، علي خاطر. (1994). *مبادئ القانون الإداري الأردني الوظيفة العامة*. ك3. (د.ط.). الأردن: مؤسسة وائل للنسخ السريع.
- شطناوي، علي خاطر. (2004). *موسوعة القضاء الإداري*. ج2. ط1. (د.م): دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- شطناوي، علي خاطر. (1992). *تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن دراسة مقارنة*. مجلة مؤتته للدراسات والبحوث، المجلد السابع. العدد الثاني.
- شيحا، إبراهيم عبد العزيز (د.ت). *مبادئ القانون الإداري اللبناني*. (د.ط.). (د.م): الدار الجامعية للطباعة والنشر.
- صادق، علي. (2008). *دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني* (رسالة دكتوراه). معهد البحوث والدراسات العربية. مصر.
- الصرايرة، مصلح ممدوح. (2012). *القانون الإداري*. ك1. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- صلاح، شوقي محمد. (2002). *نظرية الظاهر في القانون المدني* (رسالة دكتوراه غير منشورة). مصر: جامعة القاهرة.
- الطماوي، سليمان محمد. (1979). *الوجيز في القانون الإداري*. ك2. (د.ط.). (د.م): مطبعة جامعة عين شمس.
- الطماوي، سليمان. (1984). *النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة*. ط5. (د.م). (د.ن).
- الظاهر، خالد خليل. (1998). *القانون الإداري دراسة مقارنة "الكتاب الأول"*. (د.ط.). عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.
- عبد العال، محمد حسنين. (1971). *الوظيفة العامة*. (د.ط.). (د.م): دار النهضة العربية.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني. (1993). *القضاء الإداري*. (د.ط.). القاهرة: الدار الجامعية للطباعة والنشر.

- عبد الله، عبد الغني بسيوني. (د.ت). *القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان*. (د.ط). لبنان: الدار الجامعية.
- علي، عاطف نصر مسلمي (د.ت). *نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري دراسة مقارنة* (رسالة دكتوراه غير منشورة). مصر: جامعة عين شمس.
- عمرو، عدنان. (1999). *شرح قانون الخدمة المدنية الفلسطيني*. (د.ط). رام الله. دون دار نشر.
- عمرو، عدنان. (2015). *مبادئ القانون الإداري. رسائل تنفيذ النشاط الإداري*. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- عمرية، جاكلين تحسين. (2014). *التعيين في الوظيفة العمومية. دراسة مقارنة* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- عودة، عبد القادر خليل. (1964). *سحب القرارات الإدارية* (رسالة دكتوراه غير منشورة).
- غانم، هاني عبد الرحمن. الجمالي، حازم حمدي. (2017). *الموظف العام في ضوء قانون الخدمة المدنية الفلسطيني واجتهاد محكمة العدل العليا*. ط1. مكتبة نسيان للطباعة والتوزيع. غزة. فلسطين.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016). *الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين*. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016). *الوسيط في القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين*. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016). *الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين*. ط1. غزة: مكتبة نسيان للطباعة والتوزيع.
- فهمي، مصطفى أبو زيد. (1967). *القضاء الإداري*. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- القاضي، نصر الدين مصباح. (2002). *الإمام الماوردي رائد القانون العام*. مجلة كلية الدعوة الإسلامية. عدد (17). طرابلس.
- كنعان، نواف. (2007). *القانون الإداري*. ك2. ط1. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

ليلو، مازن راضي. (2008). القانون الإداري. (د.ط.). (د.م.): منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك.

متولي، عبد الحميد. (1938). القانون الإداري. (د.ط.). (د.م.). (د.ن.).

محارب، علي جمعة. (د.ت.). التأديب في الوظيفة العامة دراسة مقارنة. (د.ط.). (د.ن.).

محفوظ، عبد المنعم (1980). الوسيط في القانون الإداري دراسة تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة. ك2. ط1. القاهرة: (د.ن.).

محفوظ، عبد المنعم. (1986). الموظفون والحكومة بين الخضوع والمواجهة. (د.ط.). مصر: دار النهضة العربية.

المساعيد، فرحان نزال حميد. (د.ت.). الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري. (د.ط.). (د.م.). (د.ن.).

المقاطع، محمد عبد المحسن. (1997). نظرية الموظف الفعلي دراسة في القضاء والفقه في النظام الأنجلوسكسوني. مجلة الحقوق الإسكندرية. العدد الأول والثاني.

المولي، محمد إبراهيم. (1979). نظرية التفويض الإداري. (د.ط.). القاهرة: دار الفكر العربي.

النجار، محمد زكي. (1981). نظرية البطالان في العقود الإدارية. (د.ط.). (د.م.). (د.ن.).

نجم، أحمد حافظ. (1981). القانون الإداري. تنظيم نشاط الإدارة. دراسة مقارنة. ج2. ط1. (د.م.): دار الفكر العربي.

يوسف، مجدي عز الدين (1987). الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي. (د.ط.). (د.م.): جامعة عين شمس.

ثانياً: المراجع القانونية.

قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته.

قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936.

قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (47) لسنة 1978.

قانون الجرائم الاقتصادية الاردني رقم (11) لسنة 1993.

- قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960.
- نظام الخدمة المدنية الاردني رقم (55) لسنة 2002.
- نظام الخدمة المدنية الاردني رقم (1) لسنة 1988.
- قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002.
- القانون الاساسي الفلسطيني المعدل 2002.
- قانون الخدمة المدنية المصري رقم (18) لسنة 2015.